

سلسلة  
الدراسات الأصولية  
(١)



دولة الإمارات العربية المتحدة  
حكومة دبي

مجموعة عمل أهل المدينة (١)

المسائل التي بنّاها الإمام مالك

عالم

عمل أهل المدينة

توثيقاً ودراسة

بقلم

د. محمد الميرني بوسيان

أاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية - الرياض

« الجزء الثاني »

وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والشؤون









سلسلة  
الدراسات الأصولية  
(١)



دولة الإمارات العربية المتحدة  
حكومة دبي

مجموعة عمل أهل المدينة (١)

المسائل التي بنّاها الإمام مالك

علي

عمل أهل المدينة

توثيقاً ودراسة

بقلم

د. محمد الميرني بوسيان

أاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية - الرياض

« الجزء الثاني »

وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والشؤون

حقوق الطبع محفوظة

الطبعة الأولى

١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م

دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث

الإمارات العربية المتحدة - دبي

هاتف: ٣٤٥٦٨٠٨ - فاكس: ٣٤٥٣٢٩٩ - ص ب: ٢٥١٧١

المسائل التي بناها الإمام مالك  
على عمل أهل المدينة  
(توثيقاً ودراسة)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

## الفصل الرابع

### مسائل عمل أهل المدينة في الحج

وفيه أربعة مباحث وهي :

المبحث الأول : يقطع الحاج التلبية زوال يوم عرفة .

المبحث الثاني : الإسراع بالقراءة في ظهر عرفات .

المبحث الثالث : إجزاء الشاة في الهدى .

المبحث الرابع : الحاج لا يحلق رأسه حتى ينحر هديه .



## المبحث الأول

### قطع التلبية زوال يوم عرفة

من شعائر الحج الإهلال بالتلبية، ولفظها: «لبيك اللهم لبيك، لبيك لا شريك لك لبيك، إن الحمد، والنعمة لك، والملك، لا شريك لك»<sup>(١)</sup>.

ولا خلاف بين العلماء في أنّ الحاج يبدأ بها بعد الإحرام وعقد نية الحجّ أو العمرة<sup>(٢)</sup>، لكنهم اختلفوا في الوقت الذي يقطعها الحاجّ فيه.

ومذهب الإمام مالك الذي وجد عليه أهل بلده، أنّ الحاجّ يقطع التلبية عند زوال يوم عرفة.

#### توثيق المسألة:

جاء في الموطأ: «عن جعفر بن محمد، عن أبيه، أنّ عليّ بن أبي طالب كان يلبيّ بالحجّ حتى إذا زالت الشمس من يوم عرفة قطع التلبية، قال مالك: وذلك الأمر الذي لم يزل عليه أهل العلم ببلدنا»<sup>(٣)</sup>.

---

(١) صحيح البخاري، كتاب الحج - التلبية (٧٠ / ٢)، صحيح مسلم، كتاب الحج - باب التلبية وصفتها (٨٤١ / ٢).

(٢) صحيح مسلم (٨٤٢ - ٨٤٣)، مراتب الإجماع (ص ٤٤، ٨٤٨).

(٣) الموطأ (ص ٢٣١).

وقد أضاف القاضي عبد الوهاب هذا القول لمالك إلى إجماع أهل المدينة فقال: «قطع التلبية زوال يوم عرفة أظهر، لأنه إجماع السلف، وذكر مالك أنه إجماع أهل المدينة»<sup>(١)</sup>.

وقال الزرقاني: «على ذلك استمرّ عمل أهل المدينة النبوية»<sup>(٢)</sup>. وقال ابن عبد البر: «هو قول أكثر أهل المدينة»<sup>(٣)</sup>، وقال الباجي: «قطع التلبية زوال يوم عرفة يحتمل أن يكون على وجه الاستحباب عند مالك»، ثم ذكر اختلاف الروايات عن مالك في وقت القطع، فقال: «القول بقطع التلبية زوال يوم عرفة رواه ابن المواز»<sup>(٤)</sup>، عن مالك، وروى عنه ابن القاسم أن القطع يبدأ عند الرّواح إلى المصلّى، وروى عنه أشهب القطع عند الرّواح إلى الموقف، واختاره سحنون، ولابن المواز رواية ثانية عن مالك تفيد أن قطع التلبية يكون عند الوقوف بعرفة»<sup>(٥)</sup>.

---

(١) الإشراف (١/٢٣٠).

(٢) شرح الموطأ (٢/٢٥٦).

(٣) التمهيد (١٣/٧٧).

(٤) هو محمد بن إبراهيم بن رباح المعروف بابن المواز، تفقّه بابن الماجشون وابن عبد الحكم وأصبح وغيرهم، ألف الموازية وهو من أجل كتب المالكية، توفي بدمشق في ١١ من ذي القعدة سنة ٢٦٩هـ، ومولده في رجب سنة ١٨٠هـ. انظر ترتيب المدارك (٣/٧٢-٧٤)، الديباج المذهب (٢/١٦٦-١٦٧)، شجرة النور (ص ٦٨).

(٥) المدونة (١/٣٦٤)، المنتقى (٢/٢١٦).



وهذه الروايات عن مالك متقاربة، ولا تختلف كثيراً عن توقيت القطع بزوال الشمس يوم عرفة، كما هو مشهور مذهبه<sup>(١)</sup>.

وقال ابن العربي: «التلبية مشروعة إلى رمي جمرة العقبة»، وتبعه القرطبي، واختاره بعض شيوخ المالكية المتأخرين<sup>(٢)</sup>، وقال بعض المالكية: تشرع التلبية إلى رمي جمرة العقبة، لمن أحرم من عرفة<sup>(٣)</sup>.

### مذهب غير المالكية في وقت قطع التلبية:

وافق الإمام مالكا في قوله بقطع التلبية زوال يوم عرفة؛ الأوزاعي، والليث، والسائب بن يزيد<sup>(٤)</sup>، وسليمان بن يسار، وابن شهاب الزهري، وروي مثل هذا القول عن علي بن أبي طالب، وأم سلمة، وابن عمر، وعائشة، وأبو بكر، وعمر،

---

(١) المدونة (١/٣٦٤)، الأبي (٣/٣٩١).

(٢) أحكام القرآن (١/١٤٠)، الجامع لأحكام القرآن (٢/٤٣٠)، الأبي (٣/٣٩١).

(٣) الأبي (٣/٣٩١).

(٤) هو أبو عبد الله السائب بن يزيد بن سعيد بن ثمامة الكندي المدني، حدث عنه الزهري وغيره، حج به أبوه مع النبي ﷺ وهو ابن سبع سنين، قال الذهبي: «له نصيب من صحبة ورواية»، اختلف في وفاته فقيل: سنة ٩٤هـ، وقيل: سنة ٩١هـ. الإصابة (٢/١٢-١٣)، السير (٣/٤٣٧)، الشذرات (١/٩٩).

وعثمان، وسعيد بن المسيّب، ولم تختلف الرواية عن عليّ وأمّ سلمة في ذلك، قاله ابن عبد البر، واختلفت عند غيرهما.

وقريب من قول مالك وأصحابه قول جماعة من السلف: لا يقطع الحاج التلبية حتّى يروح من عرفة إلى الموقف، وذلك بعد جمعه بين الظهر والعصر، وهو مروي عن عثمان بن عفان، وعائشة، وسعد بن أبي وقاص، وسعيد بن المسيّب، وسالم بن عبد الله، ومحمّد بن المنكدر<sup>(١)</sup>، وأصحّ الروايات عن عمر بن عبد العزيز<sup>(٢)</sup>.

واستحبّ قوم قطع التلبية عند الرواح من منى إلى عرفة، فقد ثبت عن ابن عمر أنّه كان يقطع التلبية حين يغدو إلى عرفة، وهي

---

(١) هو أبو عبد الله محمد بن المنكدر بن عبد الله التيمي، روى عن أبيه وعمّه ربيعة وأبي هريرة وغيرهم، وعنه زيد بن أسلم وعمر بن دينار والزهري وغيرهم، متفق على توثيقه، حديثه في الكتب الستة، كانت وفاته سنة ١٣١هـ. انظر تاريخ الثقات (ص ٤١٤)، الثقات (٧/ ٣٦٥)، تهذيب التهذيب (٩/ ٤٧٣-٤٧٥).

(٢) الموطأ (ص ٢٣١)، الحجّة (٢/ ٨٠-٨١)، التمهيد (١٣/ ٧٦-٨٠)، المحلّي (٧/ ١٧٧)، النووي على مسلم (٩/ ٢٦-٢٧)، المجموع (٨/ ١٨١-١٨٢)، فتح الباري (٣/ ٥٣٣)، المغني (٣/ ٤٥١-٤٥٢)، بداية المجتهد (١/ ٣٣٩)، الزرقاني (٢/ ٢٥٦)، الأبي (٣/ ٣٩١-٣٩٢)، نيل الأوطار (٥/ ٥٥).

أثبت الروايات عنه ، وبمثل قوله قال أبو جعفر ، وقال الحسن البصري : «يلبّي حتى يصليّ الغداة يوم عرفة»<sup>(١)</sup> .

وقال جمهور أهل العلم : يلبّي الحاجّ أبداً حتّى يرمي جمرة العقبة يوم النحر ، وهو المروي عن عمر ، وعبد الله بن مسعود ، وابن عباس ، وميمونة ، وبه قال عطاء ، وإبراهيم النخعي ، وطاوس ، وسعيد بن جبير ، وسفيان الثوري ، وأبو حنيفة وأصحابه ، والشافعي وأصحابه ، وأحمد وأصحابه ، وابن أبي ليلى ، وإسحاق بن راهويه ، وأبو ثور ، والحسن بن حيّ ، وداود بن عليّ ، وأبو عبيد والطبري ، وابن حزم ، وبعض متأخري شيوخ المالكيّة ، وعليه عامّة فقهاء الأمصار وأهل الحديث ، إلّا أنّ هؤلاء اختلفوا؛ فقال بعضهم ومنهم النخعي ، والثوري ، وأبو حنيفة ، والشافعي : يقطعها مع أوّل حصاة يرميها ، وقال آخرون ومنهم إسحاق ، وابن حزم : لا يقطعها حتى يفرغ من رمي الجمرة كلّها<sup>(٢)</sup> .

---

(١) المراجع السابقة .

(٢) الحجة (٢/ ٨٠-٨٢) ، الأم (٢/ ٢٢٠-٢٢١) ، التمهيد (١٣/ ٨٠) ، المحلّى (٧/ ١٧٧) ، المجموع (٨/ ١٥٤) ، أحكام القرآن (١/ ١٤٠) ، القرطبي (٢/ ٤٣٠) ، اللباب (١/ ٤٦٣-٤٦٤) ، شرح فتح القدير (٢/ ٢١١) ، بدائع الصنائع (٣/ ١١٦٤-١١٦٥) ، المغني (٣/ ٤٥١-٤٥٢) ، الإنصاف (٤/ ٣٥) ، مغني المحتاج (١/ ٥٠١) ، الزرقاني (٢/ ٢٥٦) ، الأبي (٣/ ٣٩١-٣٩٢) .

وقال بعض الشافعية: إنما يكون قطع التلبية عند الشروع في رمي جمرة العقبة، إذا جعله أول أسباب التحلل، أما إذا قدّم أسباباً أخرى للتحلل، كالطواف، أو الحلق فإنه يقطع التلبية من وقته، لأخذه في أسباب التحلل<sup>(١)</sup>.

وبالجملة فإن الخلاف يتلخّص في مذهبين: مذهب القائلين بقطع التلبية يوم عرفة، وإن اختلفوا في تقديمه وتأخيرها، والقائلين باستمرار التلبية إلى يوم النحر حين يرمي جمرة العقبة، وإن اختلفوا في شيء منه.

وفيما يلي عرض أدلة مالك ومن قال بنحو قوله، وأدلة الجمهور المقتضية لاستدامة التلبية إلى أن يرمي جمرة العقبة.

**أدلة مالك ومن قال بنحو قوله:**

استدلّ القائلون بقطع التلبية زوال يوم عرفة بما يلي:

أولاً: عن محمد بن أبي بكر الثقفي<sup>(٢)</sup>، أنّه سأل أنس بن مالك وهما غاديان من منى إلى عرفة، كيف كنتم تصنعون في هذا اليوم مع رسول الله ﷺ؟ قال: «كان يهلّ المهلّ فلا ينكر عليه، ويكبر»

---

(١) مغني المحتاج (١/٥٠١).

(٢) هو محمد بن أبي بكر بن عوف الثقفي الحجازي، روى عن أنس، وعنه ابنه أبو بكر وموسى بن عقبة وغيرهم، وهو ممن اتفقوا على توثيقه، من الرابعة. انظر تاريخ الثقات (ص ٤٠١)، الثقات (٣٦٨/٥)، التقريب (١/١٤٨).

المكبر فلا ينكر عليه»<sup>(١)</sup>.

وعن عمر رضي الله عنه قال: «غدونا مع رسول الله ﷺ من منى إلى عرفات، منّا الملبى، ومنّا المكبر»<sup>(٢)</sup>، وفي رواية «فمنّا المكبر، ومنّا المهلل فأما نحن فنكبر»<sup>(٣)</sup>.

«وعن ابن عمر أنّه غدا مع رسول الله ﷺ من منى إلى عرفة حين صلى الصبح، قال: فلم تكن لي همّة إلا أن أرمق الذي أراه يصنع، فسمعت يهملّ، ويكبر، والناس كهيات يهلّلون، ويكبرون، ويلبّون، ورسول الله ﷺ يسمع ذلك كله، فلم أره ينهى عن شيء من ذلك كله، ولزم التهليل والتكبير»<sup>(٤)</sup>.

قال أبو عمر: «حديث أنس صحيح، وفيه أن الحاجّ جائز له قطع التلبية قبل الوقوف بعرفة، وقبل رمي جمرة العقبة»<sup>(٥)</sup>، وهذا قريب

---

(١) الموطأ، كتاب الحج-باب قطع التلبية (ص ٢٣٠)، صحيح البخاري، كتاب الحج-باب التلبية والتكبير إذا غدا . . (١٩٨/٢)، صحيح مسلم، كتاب الحج-باب التلبية والتكبير في الذهاب من منى . . . (٩٣٣/٢).

(٢) صحيح مسلم، المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق.

(٤) الحديث بهذا اللفظ ذكره ابن عبد البر في التمهيد (٧٣/١٣-٧٤)، ورواه الدارمي في سننه مختصراً، كتاب المناسك-باب كيف العمل في القدوم من منى إلى عرفة (٥٦/٢)، كما رواه الطحاوي بنحوه في شرح معاني الآثار، كتاب الحج-باب التلبية متى يقطعها الحاج (٢٢٣/٢).

(٥) التمهيد (٧٣/١٣).

من قول أهل المدينة ، لأنّهم قيّدوا قطعها بزوال الشّمس من هذا اليوم ، وأقلّ ما تدلّ عليه هذه الأخبار ، هو عدم وجوب استدامة التلبية إلى رمي جمرة العقبة ، وبه يثبت جواز قطعها زوال يوم عرفة على أقل تقدير .

ثانياً : روى مالك في موطئه «أنّ عليّ بن أبي طالب كان يلبي بالحجّ ، حتّى إذا زاغت الشّمس من يوم عرفة قطع التلبية»<sup>(١)</sup> ، وعنه أيضاً : أن عائشة رضي الله عنها كانت تترك التلبية إذا رجعت إلى الموقف<sup>(٢)</sup> . قال ابن عبد البرّ : «ففي فعل عائشة ، وعلي وهما بالمكانة من النبي ﷺ أقوى دليل على ترك العمل بحديث الفضل الصّحيح»<sup>(٣)</sup> . وقد ثبت قطع التلبية أيضاً زوال يوم عرفة عن أمّ سلمة ولم يختلف عنها في ذلك<sup>(٤)</sup> .

وقال ابن شهاب : «كان الأئمة يقطعون التلبية إذا زالت الشّمس يوم عرفة ، وسمّى أبا بكر ، وعمر ، وعثمان ، وعائشة ، وسعيد بن المسيّب»<sup>(٥)</sup> .

---

(١) الموطأ (ص ٢٣١) .

(٢) المرجع السابق .

(٣) التمهيد (٧٣/١٣) ، المنتقى (٢/٢١٦ - ٢١٨) .

(٤) التمهيد (٧٧-٧٨/١٣) .

(٥) التمهيد (٧٧-٧٨/١٣) ، بداية المجتهد (١/٣٣٩) ، قال أبو عمر بعد ذكره لقول ابن شهاب : «أما عثمان وعائشة فقد روي عنهما غير ذلك» . التمهيد (٧٨-٨٧/١٣) .

وروي عن جماعة من السلف، منهم عثمان بن عفان، وعائشة، وسعد بن أبي وقاص، وسعيد بن المسيّب، وعمر بن عبد العزيز أن الحاج يقطع التلبية إذا راح من عرفة إلى الموقف، بعد جمعه بين الظهر والعصر<sup>(١)</sup>، وهذا القول قريب من قول مالك وأهل المدينة فيقويّه<sup>(٢)</sup>.

وحتى الذين روي عنهم قطع التلبية عند الرواح من منى إلى عرفة، مثل ابن عمر والحسن البصري وغيرهما، فإنهم لا يرون بأساً بتأخير قطعها إلى زوال الشمس بعرفة<sup>(٣)</sup>.

وتعقب ابن حزم ما تقدم من آثار، بأن الرواية عن علي لا تصح؛ لأنها منقطعة إليه، والصحيح عنه خلافه، وأمّا عائشة وابن عمر فقد خالفهما غيرهما من الصحابة، والفيصل عند الاختلاف ما كان كتاباً أو سنة<sup>(٤)</sup>.

---

(١) التمهيد (١٣/٧٨ - ٨٠)، قال ابن حجر: «رواه ابن المنذر وسعيد بن منصور بسند صحيح»، فتح الباري (٣/٥٣٣)، وانظر أيضاً: نيل الأوطار (٥/٥٥)، وروى مالك قول عائشة في الموطأ (ص ٢٣١)، وروى الطحاوي نحوه عن عمر، شرح معاني الآثار (٢/٢٢٧).

(٢) التمهيد (١٣/٧٨ - ٨٠).

(٣) المرجع السابق (١٣/٧٥ - ٧٧).

(٤) المحلى (٧/١٧٧).

وقد روي عن عمر إدامة التلبية حتى رمي جمرة العقبة<sup>(١)</sup>.  
 وقال الطحاوي: «كل من روي عنه ترك التلبية يوم عرفة، فإنما تركها للاشتغال بغيرها من الذكر، وليس لعدم مشروعيتها<sup>(٢)</sup>.  
 ثالثاً: قطع التلبية في عرفة مناسب لمعناها؛ لأن معنى التلبية: إجابة الداعي بالحجّ إلى الموضع الذي دعي إليه، فإذا انتهى فقد كملت الإجابة، وقطعت التلبية، إذ لا معنى لاستدامتها بعد ذلك<sup>(٣)</sup>.

وتعقّب ابن حزم هذا الاستدلال بقوله: «لا برهان على دعوى أن التلبية استجابة، ولو صحّ ما قالوه، لوجبّت التلبية عند سماع الأذان، ووجوب النهوض إلى الجمعة وغيرها، وعليه فليست التلبية إلاّ شريعة أمر الله بها، ولا علة لها إلاّ الابتلاء، ولو سلمت دعواهم، لما كانت عرفة آخر ما دعي إليه، فقد بقى عليه من فروض الحجّ طواف الإفاضة، ولا يصل إلاّ بتمامها<sup>(٤)</sup>.  
 ولم يعجب الباجي استدلال أصحابه بهذا المعنى فردّه قائلاً:

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي (١١٣/٥)، شرح معاني الآثار (٢/٢٢٧)،  
 التمهيد (١٣/٨٢-٨٣)، عمدة القارئ (١٠/٢٥).

(٢) شرح معاني الآثار (٢/٢٢٤)، فتح الباري (٣/٥٣٣).

(٣) التمهيد (١٣/٧٣)، المنتقى (٢/٢١٦)، الإشراف (١/٢٣٠).

(٤) المحلى (٧/١٧٧).



«فلو أراد به الإجابة إلى أوّل العمل لانقطعت بالإحرام، أو بأوّل الطّواف، أو بآخر العمل، وهو أوّل التحلّل برمي جمرة العقبة، ولو أراد به الإجابة إلى أوّل مواضع الحجّ عملاً، فإنه يجب أن يقصر على موضع الإحرام أو مكة، فإن أراد به آخر مواضع الحجّ عملاً، فهو منى، وأمّا عرفة فليست أوّل ذلك، ولا آخره، فلا تعلق لقطع التلبية بها»<sup>(١)</sup>.

أدلة الجمهور على استدامة التلبية إلى بلوغ جمرة العقبة:  
استدلّ الجمهور بالخبر، والأثر، والمعقول، وبرهانهم من الأخبار ما يلي:

الحديث الأول: «عن ابن عباس رضي الله عنهما، أنّ النبي ﷺ أردف الفضل، فأخبر الفضل أنّه لم يزل يلبّي حتّى رمى الجمرة»<sup>(٢)</sup>، ومن طريق ثان أن ابن عباس رضي الله عنهما قال: «إنّ أسامة بن زيد - رضي الله عنهما - كان ردف النبي ﷺ من عرفة إلى المزدلفة، ثم أردف الفضل من المزدلفة إلى منى، قال: فكلاهما قال: لم يزل النبي ﷺ يلبّي حتّى رمى جمرة العقبة»<sup>(٣)</sup>.

---

(١) المنتقى (٢/٢١٦ - ٢١٨).

(٢) صحيح البخاري، كتاب الحج - باب التلبية والتكبير غداة النحر (٢/٢٠٤)، صحيح مسلم، كتاب الحج - باب استحباب إدامة الحاج التلبية (٢/٩٣١).

(٣) المراجع السابقة.

والحديث صريح في أنَّ النبي ﷺ لم يقطع التلبية إلى أن بلغ  
جمرة العقبة غداة يوم النحر:

فدلَّ على استدامة التلبية إلى ذلك الحين، وفعله ﷺ مقدّم على  
كل من خالفه<sup>(١)</sup>، وقد أمرنا ﷺ أن نقتدي بأفعاله في الحجّ، فقال:  
«خذوا عني مناسككم»<sup>(٢)</sup>، إذ هو المبين عن الله مراده، وهذه زيادة  
في الرواية يجب قبولها<sup>(٣)</sup>.

وتعقّب الاستدلال بحديث الفضل وأسامة، بأن ذكر أسامة في  
الحديث فيه إشكال، لأن أسامة في رواية لمسلم قال: «ردفه الفضل  
ابن عباس وانطلقت أنا في سباق قريش على رجلي»<sup>(٤)</sup>، فمقتضى  
هذا أن يكون أسامة قد سبق إلى رمي الجمرة؛ فصار إخباره بمثل ما  
أخبر به الفضل من التلبية مرسلًا<sup>(٥)</sup>.

---

(١) التمهيد (١٣/ ٨١)، المحلّى (٧/ ١٧٨)، فتح الباري (٣/ ٥٣٣)،  
تلخيص الحبير (٢/ ٢٥٩)، النووي على مسلم (٩/ ٢٥-٢٦)، المجموع  
(٨/ ١٥٤)، عمدة القارئ (١٠/ ٢٤)، اللباب (١/ ٤٦٤)، نصب الراية  
(٣/ ٦٥)، بدائع الصنائع (٣/ ١١٦٤)، المغني (٣/ ٤٥٢-٤٥٣)، الزرقاني  
(٢/ ٢٥٦)، مغني المحتاج (١/ ٥٠١)، نيل الأوطار (٥/ ٥٥).

(٢) ذكره ابن عبد البر في التمهيد (١٣/ ٨٣)، وهو عند مسلم في كتاب  
الحج- باب استحباب رمي جمرة العقبة يوم النحر راكبًا... (٢/ ٩٤٣).  
(٣) التمهيد (١٣/ ٨٣).

(٤) صحيح مسلم، كتاب الحج- باب الإفاضة من عرفات (٢/ ٩٣٥).  
(٥) فتح الباري (٣/ ٥٣٣)، عمدة القارئ (١٠/ ٢٤).

وأجيب: أنه لا يبعد رجوع أسامة إلى النبي ﷺ، وقدمه معه إلى الجمرة، أو أنه أقام عند الجمرة حتى أتى النبي ﷺ<sup>(١)</sup>، ومما يؤيد ذلك حديث أم الحصين قالت: «فرأيت أسامة وبلالاً، وأحدهما أخذ بخطام ناقة النبي ﷺ، والآخر رافع ثوبه يستتره من الحرّ، حتى رمى جمرة العقبة»<sup>(٢)</sup>، وقد حمل بعض المالكية حديث الفضل بن عباس على من أحرم من عرفة، وتأولوا قول الراوي: «إن النبي ﷺ لم يزل يلبي حتى رمى جمرة العقبة» أي: أنه أمر بذلك<sup>(٣)</sup>، وفي هذا التأويل تكلف وتعسف لا يلتفت إليه، وقالوا أيضاً: إن ترك عائشة وعلي رضي الله عنهما التلبية زوال يوم عرفة، وهما بالمكانة من النبي ﷺ دليل على ترك العمل بحديث الفضل، وإن كان صحيحاً<sup>(٤)</sup>.

وأجيب بقول ابن حزم: إن الرواية عن عليّ لم تصحّ، بل صحّ عنه خلافه، وقد خالفهما غير واحد من الصحابة، ولا اعتداد بقول أحد إذا خالف ما ثبت عن المعصوم ﷺ<sup>(٥)</sup>.

---

(١) فتح الباري (٣/٥٣٣).

(٢) صحيح مسلم، كتاب الحج - باب استحباب رمي جمرة العقبة يوم النحر (٢/٩٤٤).

(٣) المنتقى (٢/٢١٦).

(٤) التمهيد (١٣/٧٣).

(٥) المحلى (٧/١٧٧).

الحديث الثاني: عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه «أنه لبيّ حين أفاض من جمع، فقيل: أعرأبي هذا؟ فقال عبد الله: أنسي الناس، أم ضلّوا، سمعت الذي أنزلت عليه سورة البقرة يقول في هذا المكان: لبيك، اللهم لبيك»<sup>(١)</sup> وفي لفظ عند الطحاوي أنّ عبد الله بن مسعود قال: «والله ما زال رسول الله ﷺ يلبيّ حتّى رمى الجمرة، إلّا أن يخلط ذلك بتهلّيل أو تكبير»<sup>(٢)</sup>، وقريب منه رواية البيهقي «... والذي بعث محمداً بالحق، لقد خرجت معه من منى إلى عرفة، فما ترك التلبية حتّى رمى الجمرة، إلّا أن يخلطها بتكبير أو تهليل»<sup>(٣)</sup>.

وفي هذا دليل على استحباب إدامة التلبية إلى صبيحة يوم النحر، وفي قول عبد الله: سمعت الذي أنزلت عليه سورة البقرة، الردّ على من يقول بقطع التلبية عند الوقوف بعرفة<sup>(٤)</sup>.

ولهم من أقوال الصحابة وأفعالهم ما يلي:

ثبتت استدامة التلبية إلى بلوغ جمرة العقبة، عن كثير من

---

(١) صحيح مسلم، كتاب الحج- باب استحباب إدامة الحاج التلبية (٢/٩٣٢).

(٢) شرح معاني الآثار، كتاب الحج- باب التلبية متى يقطعها الحاج (٢/٢٢٤).

(٣) السنن الكبرى، كتاب الحج- باب التلبية حتّى يرمي جمرة العقبة

(١٣٧/٥).

(٤) النووي على مسلم (٩/٢٨-٢٩)، نصب الراية (٣/٧٨)، عمدة القارئ

(٢٤-٢٣/١٠).

أصحاب رسول الله ﷺ، ومنهم عمر بن الخطاب<sup>(١)</sup>، وعبد الله بن مسعود الذي قال حين أنكر الناس عليه استدامة التلبية: أضل الناس، أم نسوا؟ ثم رفع صوته قائلاً: لبيك اللهم عدد التراب، فلم يزل يلبي حتى رمى جمرة العقبة<sup>(٢)</sup>.

كما ثبتت استدامة التلبية إلى حين رمي جمرة العقبة عن ابن عباس وميمونة<sup>(٣)</sup>.

وقال عكرمة: «أهل رسول الله ﷺ حتى رمى جمرة العقبة، وأبو بكر، وعمر»<sup>(٤)</sup>.

وذكر ابن حزم عن علي وعائشة أنهما لبيا بعد عرفة<sup>(٥)</sup>، وروي

---

(١) السنن الكبرى (١١٣/٥)، شرح معاني الآثار (٢٢٦/٢-٢٢٧)، التمهيد (٨٢-٨٣/١٣)، المحلى (١٧٨-١٧٩/٧)، فتح الباري (٥٣٣/٣)، عمدة القارئ (٢٤-٢٥/١٠).

(٢) السنن الكبرى (١١٢/٥)، (١٣٨)، شرح معاني الآثار للطحاوي (٢٢٥-٢٢٧/٢)، الحجّة (٨٧-٩١/٢)، المحلى (١٧٨-١٧٩/٧)، التمهيد (٨٢-٨٣/١٣)، فتح الباري (٥٣٣/٣).

(٣) السنن الكبرى للبيهقي (١١٣/٥)، شرح معاني الآثار (٢٢٤/٢)، المحلى (١٧٨-١٧٩/٧).

(٤) المحلى (١٧٨-١٧٩/٧).

(٥) المرجع السابق، وانظر أيضاً السنن الكبرى (١٣٨/٥)، شرح معاني الآثار (٢٢٤/٢).

أنَّ عبد الله بن الزبير أهل وهو على المنبر يوم عرفة<sup>(١)</sup>.

وهذه الآثار المستفيضة الموافقة لفعل النبي ﷺ، تفيد وقوع الإجماع من الصحابة والتابعين على أنَّ التلبية لا تقطع إلا مع جمرة العقبة؛ لأنَّ عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان يلبي على المنبر في يوم عرفة وغداة المزدلفة بحضور ملاء من الصحابة وغيرهم، ولم ينكر عليه واحد منهم، وفعل عبد الله بن الزبير بعده مثله في أهل الآفاق من الشام، والعراق، واليمن، ومصر وغيرها، ولم ينكر عليه أحد منهم؛ فصار إجماعاً لا شك فيه<sup>(٢)</sup>.

#### استدلال الجمهور بالنظر:

ومن جهة المعنى قالوا: إنَّ التلبية شرعت للإحرام، والمحرم لا يحل من شيء من إحرامه، ولا يلقي عنه شيئاً من شعته، حتى يرمي جمرة العقبة، وعندها تحل له أشياء كانت محظورة عليه، فكان ذلك أولَّ إحلاله، فينبغي أن تكون تليته بالحج من حين أحرم إلى ذلك الوقت<sup>(٣)</sup>.

---

(١) السنن الكبرى (١١٣/٥)، شرح معاني الآثار (٢/٢٢٦-٢٢٧)،

المحلى (١٧٨-١٧٩).

(٢) شرح معاني الآثار (٢/٢٢٧)، عمدة القارئ (١٠/٢٤-٢٥).

(٣) التمهيد (١٣/٨٤)، المجموع (٨/١٥٤)، المغني (٣/٤٥٣).

## الترجيح :

بعد عرض أدلة القولين ومناقشتها، تبين بما لا شك فيه أنّ مشروعية التلبية إلى بلوغ جمرة العقبة، لا يقوى أحد على إنكارها؛ لصحة الأخبار، واستفاضة الآثار في ذلك، كما أن قطع التلبية يوم عرفة، ثابت أيضاً عن جماعة من السلف، وفيه خبر مرفوع يثبت إقرار النبي ﷺ لمن ترك التلبية إلى غيرها من التكبير، والتهليل، وعليه فالصواب عندي - والله أعلم - قول ابن عبد البر الآتي :

«من اعتبر الآثار المرفوعة في هذا الباب مثل حديث محمد بن أبي بكر الثقفي عن أنس، وحديث عمر، وحديث ابن عباس، وغيرها استدلل على الإباحة في ذلك، ولهذا ما اختلف السلف فيه هذا الاختلاف، ولم ينكر بعضهم على بعض، ولما كان ذلك مباحاً، استحب كل واحد منهم ما ذكرنا عنه، ومال إليه استحباباً لا إيجاباً والله أعلم»<sup>(١)</sup>، وعليه فإن عمل أهل المدينة في هذه المسألة إن ثبت، فإنه يفيد جواز قطع التلبية زوال يوم عرفة، لا وجوب القطع، وإن كان الاستدلال بعمل أهل المدينة في هذه المسألة فيه نظر، لأن أكثر المعتنن بالأدلة من المالكية لم يستدلوا بالعمل فيه، ثم إنّ المصطلح الذي استعمله مالك في ذلك محتمل، وليس قاطعاً في إثبات العمل.

---

(١) التمهيد (١٣/٨٢).

## المبحث الثاني

### الإسرار بالقراءة في ظهر عرفات

لا خلاف بين أهل العلم أن السنّة في صلاتي الظهر والعصر الإسرار بالقراءة، وكذلك الأمر - عند مالك وغيره - في ظهر يوم عرفات أن القراءة تكون سرّاً، لا تختلف عن سائر الأيام، وإنما تقصر الصلاة وتجمع مع العصر جمع تقديم للسنّة.

#### توثيق المسألة:

قال مالك: «والأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا؛ أن الإمام لا يجهر بالقرآن في الظهر يوم عرفة، وأنه يخطب الناس يوم عرفة، وأن الصلاة يوم عرفة إنما هي ظهر، وإن وافقت الجمعة فإنما هي ظهر، ولكنها قصرت من أجل السّفر»<sup>(١)</sup>.

وقد صرح فقهاء المالكية بإجماع الأمة على ذلك، وليس أهل المدينة وحدهم، قال ابن عبد البر: «وأجمع العلماء أن الإمام لا يجهر في صلاة الظهر ولا العصر يوم عرفة»<sup>(٢)</sup>. وقال ابن رشد: «..... وكذلك أجمعوا أن القراءة في هذه الصّلاة سرّاً»<sup>(٣)</sup>.

---

(١) الموطأ (ص ٢٧٦).

(٢) التمهيد (١٥/١٠).

(٣) بداية المجتهد (١/٣٤٧).



وقال النووي: «نقل ابن المنذر إجماع العلماء على الإسرار بالقراءة في صلاتي الظهر والعصر بعرفات، ومن حفظ ذلك عنهم طاوس، ومجاهد، والزهري، ومالك، والشافعي، وأحمد، وإسحاق، وأبو ثور، وأبو حنيفة»<sup>(١)</sup>.

ولم أجد من قال بخلاف ذلك، إلا ما نسبته النووي نقلاً عن بعض أصحابه إلى أبي حنيفة، أن الإمام يجهر في ظهر عرفة كالجمعة<sup>(٢)</sup>.

والذي أراه - والله أعلم - أن ورود هذه الشبهة ناتج عن أمرين:  
الأول: وجود الخطبة التي يخطبها الإمام في يوم عرفة، فتوهم البعض أن هذه الصلاة مصحوبة بخطبة فتصلى جهراً كالجمعة والاستسقاء، وقد ردّ ابن القاسم على هذه الشبهة حين سئل: أليس عرفة فيها خطبة والإمام لا يجهر فيها بالقراءة؟ قال: لأن خطبة عرفة إنما هي تعليم للحاج، وليست للصلاة<sup>(٣)</sup>، والظهر صلاة سرية تصلى كسائر الأيام<sup>(٤)</sup>، وقال الباجي نافية تأثير الخطبة فيها: «لأنها ظهر، وذلك أن الخطبة لا تأثير لها فيها»<sup>(٥)</sup>.

---

(١) المجموع (٩٢/٨).

(٢) المرجع السابق.

(٣) المدونة (١٧٣/١).

(٤) الزرقاني (٣٥٨/٢)، المجموع (٩٢/٨).

(٥) المنتقى (٣٧/٣).

الثاني: صلاة النبي ﷺ الظهر والعصر بعرفة وقد وافق الجمعة<sup>(١)</sup>، فظن البعض أن النبي ﷺ صلى الجمعة؛ لأنه خطب خطبتين، وصلى بعدهما ركعتين<sup>(٢)</sup>، ولهذا جعل مالك الإسرار بالقراءة يومها دليلاً على ترك صلاة الجمعة في يوم عرفة، ففي الخرخشي «جمع الرشيد مالكا وأبا يوسف، فسأله أبو يوسف عن إقامة الجمعة بعرفة، فقال مالك: لا يجوز، لأنه لم يصلها في حجة الوداع، فقال أبو يوسف: قد صلاها؛ لأنه خطب خطبتين وصلى بعدهما ركعتين، وهذه جمعة، فقال مالك: أجهر بالقراءة كما يجهر بالجمعة فسكت أبو يوسف وسلم»<sup>(٣)</sup>.

ولهذا جعل ابن عبد البر الإسرار بالقراءة في ظهر عرفة دليلاً على صحة قول من قال لا جمعة يوم عرفة<sup>(٤)</sup>، وبهذا يتبين أن هذه الشبهة لا تقدر في الإجماع، ولعل ما ذكره عن أبي حنيفة هو في حكم صلاة الجمعة يوم عرفة، وليس في حكم الإسرار والجهر في ظهر عرفة سائر الأيام.

---

(١) صحيح مسلم، كتاب الحج - باب حجة النبي ﷺ (٢/ ٨٨٦ - ٨٩٢)،

السيرة النبوية لابن كثير (٤/ ٤٠٥)، زاد المعاد (٢/ ٢٣١ - ٢٣٤).

(٢) الخرخشي (٢/ ٣٣١).

(٣) المرجع السابق.

(٤) التمهيد (١٥/ ١٠)، حاشية العدوي على مختصر خليل (١/ ٤٧٤).

## المبحث الثالث

### إجزاء الشاة في الهدى

الهدى في اللغة: ما يهدى إلى بيت الله الحرام من النعم وغيره من مال أو متاع<sup>(١)</sup>.

وهو في الاصطلاح: نسك من النعم يطلب من الحاج تقديمه<sup>(٢)</sup>، وقد اتفق أهل العلم على أن ما عدا الإبل، والبقر، والغنم، ليس من الهدى المراد في قوله تعالى: ﴿... فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ﴾<sup>(٣)</sup>، مع خلاف قليل في الشاة، وقد ذهب الإمام مالك مع الجمهور الأكبر إلى عدّ الشاة مجزية في الهدى، لإجماع أهل المدينة عليه.

#### توثيق المسألة:

جاء في الموطأ: «... فمما يحكم به في الهدى شاة، وقد سمّاه الله هدياً، وذلك الذي لا اختلاف فيه عندنا»<sup>(٤)</sup>.

قال الزرقاني: «وذلك الذي لا اختلاف فيه بالمدينة»<sup>(٥)</sup>.

---

(١) لسان العرب (٣٥٩/١٥).

(٢) الشرح الصغير (٢/٤٤٥-٤٤٦) مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه، حاشية الروض المربع (٤/٢١٥).

(٣) البقرة (١٩٦).

(٤) الموطأ (ص ٢٦٦).

(٥) الزرقاني (٢/٣٣٤).

### مذهب غير المالكية فيما يجرى من الهدى :

ذهب الجمهور الأكبر من الصحابة والتابعين، ومن بعدهم من أهل العلم، وفقهاء الأمصار، إلى إجزاء الهدى من الأصناف الثلاثة : الإبل، والبقر، والغنم، فمن شاء أهدى ناقة، ومن شاء بقرة، ومن شاء أهدى شاة، والأفضل الإبل، ثم البقر، ثم الغنم<sup>(١)</sup>، وهو مذهب الحنفية، والشافعية، والحنابلة، وابن حزم لا يختلفون فيه، قال محمد بن الحسن : «وقال جمهور الصحابة، والتابعين، ومن بعدهم : ما استيسر من الهدى شاة، وهو قول أبي حنيفة، والعامّة من فقهاءنا»<sup>(٢)</sup>، وقال ابن حجر : «هو قول الجمهور»<sup>(٣)</sup>، وقال ابن كثير<sup>(٤)</sup> : «هو مذهب الأئمة الأربعة»<sup>(٥)</sup>،

---

(١) الحجة (٢٧٨/٢)، الجصاص (٢٧١/١)، المحلى (٢٠٤/٧)،  
المجموع (٣٥٦/٧)، عمدة القارئ (٢٥/١٠)، تفسير ابن كثير (٢٣١/١)،  
مطالب أولي النهى (٤٦١/٢).

(٢) الحجة (٢٧٨/٢).

(٣) فتح الباري (٥٣٥/٣).

(٤) هو أبو الفداء إسماعيل بن عمر القرشي الشافعي الحافظ المؤرخ الفقيه،  
ألف «البداية والنهاية» و«الباعث الحثيث» و«جامع المسانيد» و«التفسير»، ولد سنة  
٧٠٠هـ، وتوفي في شعبان سنة ٧٧٤هـ. انظر : طبقات الحفاظ (ص  
٥٢٩-٥٣٠)، شذرات الذهب (٦/٢٣١-٢٣٢).

(٥) تفسير ابن كثير (٣١/١).

وقال ابن عبد البر: «عليه جمهور العلماء وجماعة الفقهاء»<sup>(١)</sup>،  
وقال ابن حزم: «بإجزاء الشاة تأخذ»<sup>(٢)</sup>.

وذهب خلاف الجمهور بعض السلف منهم ابن عمر، وعائشة رضي الله عنهما، فإن المستيسر من الهدى عندهما لا يكون إلا من الإبل، والبقر، وروي مثله عن سالم، والقاسم، وعروة بن الزبير، وسعيد بن جبير<sup>(٣)</sup>، والتوفيق بين هذا القول ومذهب الجمهور ممكن إذا كان مراد أصحاب هذا القول تفضيل الإبل والبقر على الغنم في الهدى، فهذا لا خلاف فيه عند السلف والخلف، إلا أن الظاهر من مراد القائلين بتخصيص الهدى بالناقة والبقرة، منع الواجد لهما إهداء الشاة، إما منع تحريم أو منع كراهة<sup>(٤)</sup>.

وهذا المعنى هو الرّاجح في قول ابن عمر ومن وافقه؛ لقوله وقول الزبير رضي الله عنهما: «إنما الشاة نسك»<sup>(٥)</sup>، وقول ابن عمر أيضاً: «صوم ثلاثة أيام أحبّ إلىّ من شاة»<sup>(٦)</sup>، وقوله لرجل

---

(١) التمهيد (٢٣٠ / ١٥) .

(٢) المحلى (٢٠٤ / ٧) .

(٣) تفسير ابن كثير (١ / ٢٣١ - ٢٣٢)، فتح الباري (٣ / ٥٣٥)، عمدة القارئ (١٠ / ٢٥) .

(٤) المنتقى (١١ / ٢)، عمدة القارئ (١٠ / ٢٥) .

(٥) تفسير الطبري (٢ / ١٢٦ - ١٢٧)، المحلى (٧ / ٢٠٣) .

(٦) المحلى (٧ / ٢٠٣) .

سأله : أترضى شاة؟ كأنه لا يرضاه<sup>(١)</sup>.

وسئل عن الشاة في هدي المتعة، فقال : «شاة، شاة ورفع بها صوته، لا بل بقرة، أو ناقة»<sup>(٢)</sup>.

واختلف عن ابن عباس فروي عنه ما يقتضي أن : ما استيسر من الهدى في حق النبي ﷺ بدنة، وفي حق غيره بقرة، وفي حق الفقير شاة، وروي عنه أن الهدى بقدر يسار الرجل، فمن كان موسراً فمن الإبل، وإلا فمن البقر، وإلا فمن الغنم، وروي القول بالترتيب حسب اليسار عن طاوس<sup>(٣)</sup>، إلا أن الصحيح المشهور عن ابن عباس مثل قول الجمهور : إن ما استيسر من الهدى شاة<sup>(٤)</sup>.

وعليه ؛ فإن محل النزاع منحصر بين الجمهور القائل بجواز إهداء الشاة مع القدرة على إهداء الإبل والبقر، وقلة من السلف ممن منع إهداء الغنم مع وجود الإبل والبقر.

وفيما يلي عرض أدلة الجمهور، وإتباعها بمناقشة القول المخالف.

---

(١) الطبري (٢/١٢٦-١٢٧).

(٢) المحلى (٧/٢٠٣).

(٣) تفسير ابن كثير (١/٢٣٢)، عمدة القارئ (١٠/٢٥).

(٤) فتح الباري (٣/٥٣٤-٥٣٥)، تفسير الطبري (٢/١٢٥-١٢٦)،

التمهيد (١٥/١٩٠)، المحلى (٧/٢٠٧)، ابن كثير (١/٢٣٢).

## أدلة الجمهور:

استدل الجمهور بالكتاب، والسنة، وإجماع الأمة.

فمن الكتاب: قالوا في معنى قوله تعالى: ﴿... فَمَنْ تَمَتَّعَ بِالْعُمْرَةِ إِلَى الْحَجِّ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ...﴾<sup>(١)</sup>، والشاة يقع عليها اسم الهدى، بدليل قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ هَدْيًا بَالِغَ الْكَعْبَةِ أَوْ كَفَّارَةٌ طَعَامُ مَسَاكِينَ أَوْ عَدْلُ ذَلِكَ صِيَامًا...﴾<sup>(٢)</sup>.

والهدى يكون من بهيمة الأنعام، وهي الإبل، والبقر، والغنم، كما قال الحبر البحر ترجمان القرآن، وابن عم رسول الله ﷺ<sup>(٣)</sup>، وقال مالك: «وكيف يشك أحد في ذلك وكل شيء لا يبلغ أن يحكم فيه ببيعير أو بقرة، فالحكم فيه بشاة، وما لا يبلغ أن يحكم فيه بشاة، فهو من صيام، أو إطعام مساكين»<sup>(٤)</sup>، قال أبو عمر: «أحسن مالك في احتجاجه هذا، وأتى بما لا مزيد لأحد عليه حسناً»<sup>(٥)</sup>، وقال

---

(١) البقرة (١٩٦).

(٢) المائدة (٩٥).

(٣) تفسير ابن كثير (١/٢٣٢).

(٤) الموطأ (ص ٢٦٦).

(٥) شرح الموطأ للزرقاني (٢/٣٣٤).

الحافظ ابن حجر، والعيني: «قد أجمع المسلمون أن في الظبي شاة،  
فوقع عليها اسم هدي»<sup>(١)</sup>.

فإذا ثبت أن اسم الهدي يطلق على الشاة باتفاق بين المسلمين،  
فإن قوله تعالى: ﴿فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ﴾ يقتضي ما تيسر على  
المخرج، وسهل عليه، وهذا اللفظ إنما يستعمل في التخفيف  
والتجوز عن اليسير<sup>(٢)</sup>، ولو قلت للإنسان: افعل ما تيسر عليك،  
لفهم منه أنه يجوز عنه ما يقع عليه اسم الفعل، وتعليقه باختياره وما  
سهل عليه، ولو لم يرد ذلك لقال: فما وجد من الهدي<sup>(٣)</sup>، قال ابن  
جرير الطبري: «وأولى القولين بالصواب قول من قال: ما استيسر  
من الهدي، شاة»<sup>(٤)</sup>.

وللجمهور من السنة على أجزاء الشاة في الهدي ما يلي:  
ثبت في الصحيحين عن عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها أن  
النبي ﷺ «أهدى مرة غنماً مقلدة»<sup>(٥)</sup>.

---

(١) فتح الباري (٣/ ٥٣٥)، عمدة القارئ (١/ ٢٧٢).

(٢) المتقى (٢/ ١١).

(٣) المرجع السابق.

(٤) تفسير الطبري (٢/ ٢٧).

(٥) أخرجه البخاري في كتاب الحج - باب تقليد الغنم (٢/ ٢٠٨)، وأخرجه  
مسلم في الحج - باب استحباب بعث الهدي إلى الحرم (٢/ ٩٥٨).



ويرد على هذا الحديث أن رواية عائشة في هدي الغنم لا تصح؛ لما روي عنها أنها لا ترى الغنم مما استيسر من الهدي<sup>(١)</sup>.

والجواب عنه من وجوه:

الأول: أن ما روي عن عائشة في الهدي لا يتعارض مع روايتها لهذا الحديث؛ لأن المراد من قولها السابق: تفضيل البدنة والبقرة على الشاة، ولا خلاف في ذلك بين المسلمين.

الثاني: قولها: إن الهدي لا يكون إلا من الإبل والبقر، معناه في إيجاب الإحرام إذا أَرَادَهُ وَقَلَّدَهُمَا، وأنه لا يصير محرماً بالشاة<sup>(٢)</sup>.

الثالث: أن ما روي عن النبي ﷺ من إهداء الغنم مقلدة، لم تنفرد به عائشة، فعن جابر قال: «كان فيما أهدى رسول الله ﷺ غنماً مقلدة...»<sup>(٣)</sup>.

الرابع: ما روي عن عائشة من عدم إجزاء الشاة في الهدي مختلف فيه، فقد روي عنها مثل قول الجمهور، وروايتها الموافقة للجمهور أرجح بلا شك لا اعتضادها بالأدلة القاطعة<sup>(٤)</sup>.

ومما يؤيد مذهب الجمهور - زيادة على ما تقدم - جريان عمل

---

(١) الجصاص (١/ ٢٧٢).

(٢) المرجع السابق.

(٣) رواه الإمام أحمد في مسنده (٣/ ٣٦١)، وقد تقدم نحوه عند البخاري.

(٤) المحلى (٧/ ٢٠٣).

الأمة من عهد الصحابة رضوان الله عليهم فمن بعدهم إلى يومنا هذا، على مشروعية إهداء الشاة في الحج وغيره، وممن روي عنه ذلك قولاً وعملاً: عمر، وعلي، وابن عباس، وابن مسعود، وعمرة بنت عبد الرحمن الأنصارية، وبه قال عطاء، ومجاهد، وطاوس، وعلقمة، وإبراهيم النخعي، وأبو العالية<sup>(١)</sup>، ومحمد بن علي بن الحسين، والشعبي، والحسن، وقتادة، والضحاك، ومقاتل ابن حيان<sup>(٢)</sup>، وهو مذهب الأئمة الأربعة، وابن حزم، وابن جرير الطبري، كل ذلك مع إجماع أهل المدينة، ونقلهم المتواتر، وعملهم المتصل، يقطع بأن القول بخلاف مذهب الجمهور شذوذ قد وقع الإجماع على تركه وهجره، ولم يعد من الأمة ن يعرج عليه، أو يلتفت إليه<sup>(٣)</sup>.

(١) قيل: اسمه زياد بن فيروز، وقيل: ابن أذينة البراء البصري، روى عن ابن عباس وابن عمر وأنس وعدة، وعنه أيوب وبديل ومطر الوراق وغيرهم، اتفقوا على توثيقه، توفي سنة ٩٠هـ، من الرابعة. انظر تاريخ الثقات (ص ٥٠٣)، الثقات (٢٥٨/٤)، تهذيب التهذيب (١٢/١٤٣).

(٢) هو أبو بسطام مقاتل بن حيان النبطي البلخي الإمام العالم المحدث الثقة، وثقه يحيى بن معين وأبو داود وغيرهما، وقال ابن خزيمة: «لا أحتج به»، له حديث في صحيح مسلم من رواية علقمة عنه، توفي في حدود سنة ١٥٠هـ. انظر السير (٣٤٠-٣٤١)، ميزان الاعتدال (٤/١٧١)، طبقات المفسرين (٣٢٩/٢).

(٣) تفسير الطبري (٢/١٢٥، ١٢٦، ١٢٧)، التمهيد (١٥/١٩٠)، =

### مناقشة القول بحصر الهدى في الإبل والبقر:

حاول بعض العلماء أن يجد تبريراً لهذا القول، فلاح له قول الله عز وجل: ﴿... وَالْبُدْنَ جَعَلْنَاهَا لَكُمْ مِنْ شَعَائِرِ اللَّهِ...﴾ (١)، فظن أصحاب هذه المقالة أن الهدى خاص بما يقع عليه اسم البدن، وليس في الآية ما يدل على تخصيص الهدى بالبدن ولو انتفى المعارض لها، فكيف وقد جاء القرآن صريحاً بدخول البقر والغنم في مسمى الهدى؟ وعلى ذلك أجمع المسلمون بلا خلاف يذكر (٢).

ولعلمهم استندوا أيضاً إلى قصة الحديبية، فإنه لم ينقل عن أحد منهم أنه ذبح في تحلله ذلك شاة، وإنما نحرروا الإبل، وذبحوا البقر (٣)، ففي الصحيح عن جابر قال: «أمرنا رسول الله ﷺ أن نشترك في الإبل والبقر، كل سبعة منّا في بقرة» (٤).

والجواب: أن هذا لا غبار عليه، ولا مطمع فيه لتأييد ما ذهبوا إليه، لأنهم نحرروا وذبحوا ما كان معهم من الإبل والبقر، ولعلمهم لم

---

= المحلى (٢٠٣/٧)، المتقى (١٢/٢)، تفسير ابن كثير (١٣١/١)، الزرقاني (٢/٣٣٤)، فتح الباري (٣/٥٣٤-٥٣٥)، عمدة القارئ (١٠/٢٥)، البناية (٣/٨٦٥-٨٦٦)، شرح فتح القدير (٢/٣٢١-٣٢٢).  
(١) الحج (٣٦).

(٢) فتح الباري (٣/٥٣٥).

(٣) تفسير ابن كثير (١/٢٣١)، الجصاص (١/٢٧٢).

(٤) رواه مسلم في كتاب الحج-باب الاشتراك في الهدى (٢/٩٥٥).

يأخذوا معهم غنماً لبعء الطريق ووقوفهم دون الحرم محصرين .  
أما الاعتماد على اللغة في تفسير معنى الهدى بالإبل - لأن  
العرب تقول : كم هدي فلان؟ أي إبله ، ويقال في وصف السنة :  
هلك الهدى وجفّ الوادي<sup>(١)</sup> - .

فتعقب ، بأن أصل الهدى ما يهدى إلى الحرم ، وإنما سمّت  
العرب الإبل هدياً ؛ لأن الهدى يكون منها في الأغلب ، ولأنها  
أعلاه<sup>(٢)</sup> .

ثم إن هذا القول المهجور قد دلّ على خلافه القرآن الكريم ،  
وإهداء النبي ﷺ وأصحابه الغنم ، مع إجماع أهل المدينة ، واستمرار  
عمل الأمة جيلاً بعد جيل على تقديم الهدى من الغنم ، بل كثر تقديم  
الهدى من الغنم حتى صار غالباً ، كل ذلك يقطع بأن ما ذهب إليه  
الجمهور هو الحق الذي لا يجوز غيره .

---

(١) لسان العرب (٣٥٩/١٥) ، أحكام القرآن (١٢٦/١) .

(٢) المراجع السابقة .

## المبحث الرابع

### الحاجّ لا يحلق رأسه حتى ينحر هديه

الحلق في اللغة: إزالة الشعر مطلقاً<sup>(١)</sup>، والمراد به هنا: الحلق، أو التقصير لشعر الرأس المطلوب من الحاج<sup>(٢)</sup>، ولا يحلق الحاجّ رأسه أو يقصّره عند الإمام مالك رحمه الله حتّى يذبح ما معه من الهدى، لاتصال عمل أهل المدينة بذلك.

#### توثيق المسألة:

«قال مالك: الأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا، أنّ أحداً لا يحلق رأسه، ولا يأخذ من شعره، حتّى ينحر هدياً إن كان معه، ولا يحلّ من شيء حرم عليه، حتّى يحلّ بمنى يوم النحر»<sup>(٣)</sup>.

وهو إجماع أهل المدينة لا يختلفون فيه، قال الزرقاني: «الأمر الذي لا اختلاف فيه بالمدينة»<sup>(٤)</sup>.

وصرّح ابن عبد البرّ بنفي الخلاف - في سنّة الترتيب بين النحر والحلق مطلقاً فقال: «لا خلاف بين العلماء أنّ سنّة الحاج أن يرمي

---

(١) لسان العرب (١٠/٥٩).

(٢) الشرح الصغير (٢/٣٦٥-٣٦٦) مطبعة البابي الحلبي، حاشية الروض

المربع (٤/١٥٧-١٥٨).

(٣) الموطأ (ص ٢٧٤).

(٤) شرح الموطأ (٢/٢٥٠).

جمرة العقبة يوم النحر، ثم ينحر هدياً إن كان معه، ثم يحلق رأسه»<sup>(١)</sup>.

وجمهور المالكية على مذهب الإمام في استحباب تقديم النحر على الحلق، وكراهية الذبح بعد الحلق<sup>(٢)</sup>، ومن حلق قبل أن يذبح فقد أخطأ، وليس عليه شيء، لأن الرمي يحلّ به الحلق، كمن لم يكن معه هدي.

وخالف ابن الماجشون جمهور أصحابه فأوجب الهدي على من قدم الحلق على الذبح عامداً قاصداً<sup>(٣)</sup>، كما ذهب ابن العربي، والقرطبي إلى جواز التقديم والتأخير، فقال الأول: «إن قدم الحلق على النحر، لم يكن مسيئاً»<sup>(٤)</sup>، وقال الثاني: «والصحيح الجواز»<sup>(٥)</sup>.

#### مذهب غير المالكية:

لم أجد عالماً - فيما اطلعت عليه قال بالتسوية بين تقديم الذبح

---

(١) التمهيد (٧/ ٢٧٧).

(٢) الخرشي (٢/ ٣٣٤)، الشرح الصغير (٢/ ٦١)، حاشية العدوي على مختصر خليل (١/ ٤٧٨-٤٧٩)، أسهل المدارك (١/ ٤٧٠).

(٣) المنتقى (٣/ ٢٨)، التمهيد (٧/ ٢٧٢ - ٢٧٥).

(٤) أحكام القرآن (١/ ١٢١).

(٥) الجامع لأحكام القرآن (٢/ ٣٨٢).

على التحرر وتأخير، فالظاهر أن الجميع على أن السنة الترتيب، سواء عند من لم يوجب فدية على من تعمّد مخالفة الترتيب بين الذبح والحلق، أو من أوجب الفدية مطلقاً، أو خصّها بالمخالفة المتعمدة؛ لأن من أوجب الفدية، فالترتيب عنده أشد وألزم، ويعكّر على هذا الإجماع إطلاق ألفاظ الجواز، وعدم الإساءة عند تقديم الحلق على التحرر، ففي المجموع قال النووي: «إنّ مذهبنا أنّه لو قدّم الحلق على الذبح جاز، ولا دم عليه»<sup>(١)</sup>.

وتقدّم قول ابن العربي والقرطبي في إطلاقهم الجواز وعدم الإساءة لمن قدّم الحلق على الذبح<sup>(٢)</sup>، كما أطلق بعضهم لفظ الإباحة على تقديم الحلق على الذبح، وهذا مخالف للإجماع على سنّة الترتيب؛ لأنّ الترتيب يقتضي الرّاجحية والمرجوحية، والإباحة لا تقتضي ذلك<sup>(٣)</sup>.

ولعل الذي يجمع بين سنة الترتيب والأقوال المفيدة للإباحة والجواز، أن هذه العبارات إنّما أريد بها دفع القول بوجوب الفدية على من خالف الترتيب، لا دفع أفضليّة الترتيب وندبه، يدلّ لذلك قول الشافعي: «والاختيار في الحج أن ينحره يعني بعد أن يرمي

---

(١) المجموع (٢١٦/٧).

(٢) أحكام القرآن (١٢١/١)، الجامع لأحكام القرآن (٣٨٢/٢).

(٣) المجموع (١٨٦/٧، ١٩٢)، إكمال إكمال المعلم (٤٠٤/٣).

جمرة العقبة، وقبل أن يحلق»<sup>(١)</sup> وقوله: «وأحب للرجل إذا رمى  
الجمرة فكان معه هدي، أن يبدأ فينحره أو يذبحه، ثم يحلق أو  
يقصر»<sup>(٢)</sup>.

وقول ابن حجر: «وذهب الشافعي وجمهور السلف والعلماء  
وفقهاء أصحاب الحديث إلى الجواز، وعدم وجوب الدّم»<sup>(٣)</sup>.

والذين ذكرهم ابن حجر هنا لا يرون التسوية، وهذا ما يدل على  
أن مراده الإجزاء، ودفع القول بوجوب الدّم.

أمّا الخنابلة، فالأمر عندهم أوضح، لوجود رواية عندهم توجب  
الدّم على من تعمّد تقديم الحلق على النحر، وفي الرواية الأصح  
عندهم قالوا: لا دم عليه، ولكن يكره فعل ذلك<sup>(٤)</sup>.

وأمّا الحنفيّة فالترتيب عندهم لازم، ومن خالفه لزمه جبره بدم<sup>(٥)</sup>.

وقال ابن حزم: «من حلق قبل أن يذبح، لم يخطئ السنة، ولا  
خالفها، وإنّما ترك الأفضل فقط»<sup>(٦)</sup>.

---

(١) الأم (٢/٢١٧).

(٢) الأم (٢/٢١٥).

(٣) فتح الباري (٣/٥٧-٥٨).

(٤) الفروع (٣/٥١٣)، الشرح الكبير (٣/٤٦١-٤٦٢)، الإنصاف

(٤١/٤-٤٢)، مطالب أولي النهى (٢/٤٢٤).

(٥) الحجة (٢/٤٧٢)، البناء (٣/٥٥٨)، عمدة القارئ (١٠/٥٩).

(٦) المحلى (٧/٢٦٣).



وبهذا يعلم أن الإجماع على أفضلية تقديم الذبيح أو النحر على الحلق واقع بلا ريب، وإنما الخلاف بين من يرى سنية ترتيب الحلق بعد الذبيح وكراهة العكس من غير إيجاب الفدية على المخالف، ومن يرى أن مخالفة الترتيب لا تبلغ درجة الكراهة، وإنما هو خلاف الأولى فحسب.

وفيما يلي عرض أدلة الجمهور القائل بسنية الترتيب وكراهية تركه، ثم نتبعها بمناقشة القول بعدم سنية الترتيب ولكنه أفضل، ومن تركه فقد خالف الأولى فحسب.

#### أدلة الجمهور على سنية الترتيب:

استدل الجمهور بالكتاب، والسنة، وغيرهما.

فمن الكتاب قوله عز وجل: ﴿وَلَا تَحْلِقُوا رُءُوسَكُمْ حَتَّى يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَحَلَّهُ﴾<sup>(١)</sup>، وهذا نص من الكتاب في محل النزاع، والنهي في الآية صريح عن حلق الرأس قبل ذبيح، أو نحر الهدى في الحج، ومن أباح الحلق قبل الذبيح فقد خالف النص<sup>(٢)</sup>.

#### ما يرد على الاستدلال بالآية:

يرد على هذا الاستدلال أن الآية وردت في إحلال المحصر؛

---

(١) البقرة (١٩٦).

(٢) الجصاص (٢/ ٢٨٠).

لأن حلق الرأس إحلال من الإحرام الذي كان المحرم قد أوجبه على نفسه، فنهاه الله عن الإحلال من إحرامه بحلاقة حتى يبلغ الهدى محلّه<sup>(١)</sup>.

ثم إن القول بأن المراد من بلوغ الهدى محلّه، هو عين نحره غير صحيح؛ لأن محل الهدى بمنى أو بمكة، وإذا بلغ محلّه خلّ الحلق<sup>(٢)</sup>، قال ابن حجر: «المراد ببلوغ الهدى محلّه، وصوله إلى الموضع الذي يحل ذبحه فيه، وقد حصل، وليس في الآية ولا تحلقوا حتى تنحروا أو تذبحوا»<sup>(٣)</sup>.

وتعقبت هذه الإيرادات، بأن تخصيص الآية بالمحصر دعوى عارية عن الدليل، فإن الآية عامّة في كلّ من عليه حلق وهدى في وقت واحد، ولا دليل على تخصيصها بالمحصر<sup>(٤)</sup>. وبلوغ الهدى محلّه معناه النحر، أو الذبح، يدلّ له قول الله تعالى: ﴿... هَدْيًا بَالِغَ الْكَعْبَةِ﴾<sup>(٥)</sup>، ومعناه منحور بها، ويقطع بصحّة ذلك؛ أن الهدى لو مات قبل أن ينحر، لما أجزأ عن جزاء الصّيد، ولا يقال: قد بلغ محلّه<sup>(٦)</sup>.

---

(١) الطبري (١٢٨/٢)، أحكام القرآن (١٢١/١).

(٢) المحلى (٢٦٤/٧).

(٣) فتح الباري (٥٧١-٥٧٢/٣).

(٤) الجصاص (٢٧٥/١).

(٥) المائدة (٩٥).

(٦) المتقى (٣١/٣)، عمدة القارئ (٦١/١٠، ٧١).

## وللجمهور من السنة ما يلي :

عن أنس بن مالك رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ رمى جمرة العقبة يوم النحر، ونحر بدنة، أو أمر بها فنحرت، وقال للحلاق: دونك فحلّق شقّه الأيمن، ثم شقّه الأيسر، وناول شعر أحد الشقين أبا طلحة، وقسم الآخر الشعرة، والشعرتين<sup>(١)</sup>، وهذا حديث صحيح لا يختلف في إسناده<sup>(٢)</sup>، وهو يدلّ على أنّ الترتيب المذكور في الحديث مشروع مستحب، فأقلّ ما يحمل عليه فعل النبي ﷺ في حجه الاستحباب<sup>(٣)</sup>، قال ابن عبد البر: «وعلى العمل بهذا الحديث جماعة المسلمين»<sup>(٤)</sup>، وقال الحافظ ابن حجر - بعدما أورد هذا الحديث -: «وقد أجمع العلماء على مطلوبية هذا الترتيب»<sup>(٥)</sup>، وقال النووي: «وفيه بيان السنة في أعمال الحجّ يوم النحر، وهي رمي جمرة العقبة، ثم نحر الهدي، ثم الحلق أو التقصير»<sup>(٦)</sup>، وفي

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الوضوء - باب الماء الذي يغسل به شعر الإنسان (٥٤ / ١)، وأخرجه مسلم في كتاب الحج - باب بيان أن السنة يوم النحر (٩٤٧ / ٢ - ٩٤٨)، وهو عند أبي داود في كتاب الحج - باب الحلق والتقصير (٥٠٠ / ٢ - ٥٠١).

(٢) التمهيد (٢٦٦ / ٧).

(٣) المنتقى (٢٨ / ٣).

(٤) التمهيد (٢٦٧ / ٧).

(٥) فتح الباري (٥٧١ / ٣).

(٦) النووي على مسلم (٥٣ - ٥٤ / ٩).

الشرح الكبير<sup>(١)</sup>: أن النبي ﷺ رتب، وقال: «خذوا عني مناسككم»<sup>(٢)</sup>.

وقد استدل عمر بن الخطاب رضي الله عنه على الترتيب بالآية، وفعل النبي ﷺ حين قال: «إن نأخذ بكتاب الله، فإنه يأمرنا بالتّمام، وإن نأخذ بسنة رسول الله ﷺ فإن رسول الله ﷺ لم يحل حتى بلغ الهدى محلّه»<sup>(٣)</sup>، وبلوغ الهدى محلّه يدلّ على ذبح الهدى، فلو تقدّم الحلق عليه لصار متحللاً قبل بلوغ الهدى محلّه، وهذا هو الأصل<sup>(٤)</sup>.

#### مناقشة القول بإباحة تقديم الحلق على الذّبح:

احتج القائلون بإباحة تقديم الحلق على النّحر أو الذّبح، بما أخرج البخاري عن ابن عبّاس رضي الله عنهما قال: «سئل النبي ﷺ عمّن حلق قبل أن يذبح ونحوه، فقال: لا حرج لا حرج»، وفي رواية أخرى، قال رجل للنبي ﷺ: «زرت قبل أن أرمي، قال: لا حرج، قال: حلقت قبل أن أذبح، قال: لا حرج، قال: ذبحت قبل أن أرمي، قال: لا حرج»<sup>(٥)</sup>.

---

(١) الشرح الكبير (٣/ ٤٦١-٤٦٢).

(٢) صحيح مسلم، كتاب الحج-باب رمي جمرّة العقبة (٢/ ٩٤٣)، والنسائي في المناسك (٥/ ٢٦٩-٢٧٠)، وأبو داود، مناسك-باب رمي الجمار (٢/ ٤٩٦)، وأحمد (٣/ ٣١٨، ٣٦٦).

(٣) البخاري (٢/ ٢١٣).

(٤) فتح الباري (٣/ ٥٥٩-٥٦٠).

(٥) صحيح البخاري، كتاب الحج-باب الذّبح قبل الحلق (٢/ ٢١٢).

وأخرجه مسلم عن عبد الله بن عمرو بن العاص قال : «وقف رسول الله ﷺ في حجة الوداع بمنى للناس يسألونه، فجاء رجل فقال : يا رسول الله ! لم أشعر فحلقت قبل أن أنحر، فقال : اذبح ولا حرج، ثم جاءه رجل فقال : يا رسول الله ! لم أشعر فنحرت قبل أن أرمي، فقال : ارم ولا حرج، قال : فما سئل رسول الله ﷺ عن شيء قدم ولا أخر إلا قال : افعل ولا حرج» .

وفي رواية أخرى عنه «وقف رسول الله ﷺ على راحلته، فطفق ناس يسألونه، فيقول القائل منهم : يا رسول الله ! إني لم أكن أشعر أن الرمي قبل النحر فنحرت قبل أن أرمي، فقال رسول الله ﷺ : فارم ولا حرج، قال وطفق آخر يقول : إني لم أشعر أن النحر قبل الحلق فحلقت قبل أن أنحر، فيقول : انحر ولا حرج، قال : فما سمعته يسأل يومئذ عن أمر مما ينسى المرء ويجهل من تقديم بعض الأمور قبل بعض وأشباهها، إلا قال رسول الله ﷺ افعلوا ذلك ولا حرج»<sup>(١)</sup>.

وهذه الأحاديث صريحة في رفع الإثم والفدية وغيرهما، من غير تفريق بين عالم وجاهل، بل تدلّ على إباحة تقديم ما قدم، وتأخير ما أخر؛ لأن النبي ﷺ سئل عن أمر قد فرغ منه، فالمعنى افعل ذلك متى شئت ولا حرج عليك، وعليه فمن قدم الحلق على النحر

---

(١) صحيح مسلم، كتاب الحج-باب من حلق قبل النحر أو نحر قبل الرمي

لم يخالف السنّة، ولا أخطأ فيما فعل، لأن ما أباحه رسول الله ﷺ ولم ير فيه حرجاً، فهو سنّة<sup>(١)</sup>.

والجواب: أنّ هذه الروايات صحيحة لا غبار عليها، ولكن لا مطمع فيها لمن أراد أن يثبت بها التسوية بين التقديم والتأخير ويزعم أنّ الكلّ سنّة، وقد يكون الاستدلال بها على نفي الفدية لمن قدّم ما أصله التأخير، أو آخر ما أصله التقديم قوياً، وإن كانت المنازعة فيه قوية؛ لاعتراض القائلين بوجوب الفدية بأن المراد بدفع الحرج في الحديث، رفع الإثم لجهل السائلين بالحكم فعذروا بجهلهم، وعدم شغورهم، ثم أمروا بتعلّم مناسكهم فيما يأتي<sup>(٢)</sup>.

ويعضد هذا الاعتراض، ما روي عن ابن عباس: «أن من قدّم نسكا على نسك فعليه دم»، وهو أحد رواة الأحاديث المصرّحة برفع الحرج<sup>(٣)</sup>.

وللقائلين بوجوب الفدية أن يقولوا: بأنّ رفع الحرج في الأحاديث السابقة جاء مقيداً بقول السائل: «لم أشعر أنّ النحر قبل

---

(١) المحلى (٢٦٣/٧)، المتقى (٢٨٧/٣)، النووي على مسلم (٥٤/٩) - (٥٥)، المجموع (١٧/٧)، الأبي (٤٠٤/٣).  
(٢) نصب الراية (١٢٩/٣)، عمدة القارئ (٥٩/١٠) . . .  
(٣) نصب الراية (١٢٩/٣)، عمدة القارئ (٥٩/١٠)، اللباب (٤٦٥/١) - (٤٦٦).

الحلق، فحلقت قبل أن أنحر»<sup>(١)</sup>، ففيه دليل على أن رفع الحرج مخصص بوصف عدم الشعور، والانتباه والجهل وعدم العلم، وهذه الأحوال مناسبة لعدم المؤاخذه، وقد علق بها الحكم فلا يجوز اطراحه، وقد ذهب الإمام أحمد إلى التخصيص المذكور، ويقويه وجوب اتباع النبي ﷺ في الحج لقوله ﷺ: «خذوا عني مناسككم»<sup>(٢)</sup>، فلم يبق إلا تخصيص الحكم بحالة السائل، وتبقى الصورة على أصل وجوب الاتباع<sup>(٣)</sup>.

ولسنا هنا بصدد تأييد القول بوجوب الترتيب المقتضي لوجوب الفدية على من خالف وفعل العكس، فهو قول مرجوح لصحة وصراحة الأحاديث في رفع الحرج، ولم يثبت أن النبي ﷺ أمر السائلين بالفدية، ولم ينقل أنهم دفعوا الفدية بعد فتوى النبي ﷺ، ولكن قوة الاعتراض السابق في مواجهة أدلة القائلين بالإباحة يجعل القول بسنية الترتيب - دون القول بوجوب الفدية على من خالف - أمراً مقطوعاً به، ولا مطمع في دفعه بالأحاديث المتقدمة، بل هي مؤيدة، وشاهدة للقول بأن تقديم الذبح على الحلق سنة، ولذلك ترجم البخاري رحمه الله لتلك الأحاديث بقوله: «باب الذبح قبل

---

(١) تقدم.

(٢) تقدم.

(٣) فتح الباري (٣/ ٥٥٩ - ٥٦٠)، عمدة القارئ (١٠/ ٥٩)، نيل

الأوطار (٥/ ١٥٤).

الحلق»<sup>(١)</sup>، وقال الحافظ ابن حجر: «الأصل تقديم الذَّبْح على الحلق، وأما تأخيره فهو رخصة بدليل سؤال السائل عن تقديم الحلق، فهذا يدلّ على أن السائل عرف أن الحكم على عكسه»<sup>(٢)</sup>.

ولا يعارض سنّة الترتيب بين النحر والحلق رفع الحرج عن الناسي والجاهل كما في رواية «لم أشعر...»، وإطلاق عبد الله بن عمر القول على كل من نسي أو جهل، كما في قوله: «فما سمعته يسأل يومئذ عن أمرٍ ما ينسى المرء ويجهل، من تقديم بعض الأمور قبل بعض وأشباهاها، إلا قال رسول الله ﷺ: افعلوا ذلك ولا حرج»<sup>(٣)</sup>.

وحتى العامد، فإنه لا يأثم لترك السنّة قصداً، إلا أن يتهاون، فيأثم للتهاون لا للترك<sup>(٤)</sup>.

وبهذا يتضح أن ما ورد عن النبي ﷺ من أحاديث دالة على رفع الحرج على من قدم الحلق على الذَّبْح، هي من أدلة سنّة تقديم الذَّبْح على الحلق، وفوق ذلك فإن الترتيب المذكور ثابت بنص القرآن الكريم، وفعل النبي ﷺ في حجة الوداع، وعلى ذلك أجمع أهل

---

(١) صحيح البخاري (٢/٢١٢).

(٢) فتح الباري (٣/٥٥٩ - ٥٦٠).

(٣) رواه مسلم (٢/٩٤٨)، وقد تقدم.

(٤) إكمال إكمال المعلم (٣/٤٠٤).



المدينة وغيرهم من السلف والخلف ، ثم إن القائل بالتسوية بين التقديم والتأخير معترف بأفضلية الترتيب ، وأن فعل العكس خلاف الأولى .  
والله تعالى أعلم وأحكم .



## الفصل الخامس

### مسائل عمل أهل المدينة في الجهاد والصيد

وفيه مبحثان وهما:

المبحث الأول: سقوط الجزية عن من أسلم.

المبحث الثاني: جواز صيد المسلم بكلب المجوسي.



## المبحث الأول

### سقوط الجزية بالإسلام

الجزء والجزية لغة: المكافأة على الشيء بالشواب، أو العقاب<sup>(١)</sup>.

والجزية في الاصطلاح: هي المال الذي يعقد الكتابي عليه الذمة<sup>(٢)</sup>.

وقد اختلف العلماء فيما وجبت فيه الجزية.

فقال بعضهم: إنما وجبت بدلاً عن القتل بسبب الكفر.

وقيل: بل وجبت بدلاً عن النصرة والجهاد<sup>(٣)</sup>.

وأياً كان سبب وجوبها، فإنها تسقط عن الذمي متى أسلم، سواء أسلم في أثناء الحول أو بعده، ولو اجتمعت عليه جزية سنين ثم أسلم سقطت كلها، وهو مذهب الإمام مالك الذي لم يختلف عليه أهل بلده.

#### توثيق المسألة:

روى ابن القاسم عن مالك أنه قال: «بلغنا أن عمر بن

---

(١) لسان العرب (٢/٢٧٨).

(٢) الجصاص (٣/١٠١).

(٣) أحكام القرآن (٢/٩٢٣ - ٩٢٤).

عبد العزيز كتب إلى عمّاله ؛ أن يضعوا الجزية عمّن أسلم من أهل الجزية حين يسلمون» ثم قال : «قال مالك : وهي السنة التي لا اختلاف فيها» (١).

ومضمون ما رواه الإمام مالك عن عمر بن عبد العزيز يحتمل أن يراد به وضعها عنهم في المستقبل ، ويحتمل أن يراد به ما بقي عليهم منها فلا يطالبون به ، وهذا هو الأولى والأظهر كما قال الباجي ، وابن رشد ؛ لأن اللفظ إذا احتمل المعنيين حمل عليهما إذ لا تنافي بينهما ، ومن المستبعد أن يخفى على عامل عمر ولا غيره أنّ من أسلم لا تثبت عليه جزية مستقبلية ، فمن حمل الكلام على ذلك فقد أبطل فائدته ؛ لكنّ حمله على ما وجب منها قبل إسلام الذمّي يقتضي فائدته ، ومثله يحتاج إلى الكتابة والتنبيه وحمل الناس عليه (٢).

وقد يكون لكلام عمر فائدة مع إرادة المعنى الأول ، إذا صحّ أنّ آل مروان كانوا يأخذون الجزية ممّن أسلم من أهل الذمة ، ويعدونها بمنزلة ضريبة العبد ، ولا يسقط الإسلام ضريبة العبد ، وهو ما دعى عمر بن عبد العزيز إلى كتابة ما كتب ، حتى أنّه قال في بعض كتبه إلى عامله بالعراق : «فإن الله بعث محمداً ﷺ داعياً ، ولم يبعثه جانياً» (٣).

---

(١) المدونة (١/٢٨٣).

(٢) المنتقى (٢/١٧٥ - ١٧٦) ، المقدمات (١/٢٨٤ - ٢٨٥).

(٣) الأموال لأبي عبيد (٥٨ - ٦٠) ، الجصاص (٣/١٠١ - ١٠٢) ، أحكام أهل الذمة (١/٥٩).

وبالجملة فإنّ الرّاجح أن مراد الإمام مالك - بسقوط الجزية من غير خلاف عند أهل المدينة - سقوطها عمّن أسلم مطلقاً؛ سواء أسلم بعد الحول أو قبله، وهو الذي عليه أصحابه وسائر أتباعه، لا يختلفون فيه<sup>(١)</sup>.

### مذهب غير المالكية في سقوط الجزية بالإسلام:

لا خلاف بين المسلمين كافة في سقوط الجزية عمّن أسلم فيما يستقبل من الزمان، قال ابن المنذر: «وأجمعوا على أن لا جزية على مسلم»<sup>(٢)</sup>، ومن خالف في هذا فقد أتى عظيماً، ونقض عروة من عرى الإسلام، ومن ذلك ما نسب لبعض آل مروان؛ أنّهم كانوا يأخذون الجزية ممّن أسلم، ويقولون: إنها بمنزلة الضرائب على العبيد، ولا يسقط إسلام العبد عنه ضريته، ورأى بعضهم أنّ الناس إنّما يسلمون فراراً من الجزية، فلم يرفعها عنهم، وقد استفطع علماء الأمة هذا الأمر، حتى استجاز بعضهم الخروج على من فعله، وعدوا هذا الفعل من عظام ما أتت هذه الأمة بعد نبيّها ﷺ، وهو الذي جعل عمر بن عبد العزيز يكتب إلى عمّاله قائلاً: «إنّ الله

---

(١) المدونة (٢٨٣/١)، المنتقى (١٧٥/٢ - ١٧٦)، المقدمات (٢٨٤/١) - (٢٨٥)، بداية المجتهد (٤٠٥/١)، الفروق (١٠١/٣)، الزرقاني (١٤١/٢)، أوجز المسالك (٩٧-٩٨).  
(٢) الإجماع (ص ٧١).

بعث محمداً ﷺ داعياً، ولم يبعثه جابياً<sup>(١)</sup>.

وتسقط الجزية أيضاً عند جماهير العلماء عن الذمّي إذا أسلم أثناء الحول أو بعده، ولو اجتمعت عليه جزية سنين، وهو قول عبيد الله بن الحسن<sup>(٢)</sup>، وأبو عبيد، والثوري، وجملة فقهاء المدينة، وفقهاء الرأي، وفقهاء الحديث، بما فيهم الأئمة الثلاثة: مالك، وأبو حنيفة، وأحمد، وأصحابهم، وابن حزم<sup>(٣)</sup>.

وذهبت جماعة خلاف الجمهور، فقالوا: إذا أسلم بعد الحول لم تسقط، وتَمَن قال بذلك ابن شبرمة<sup>(٤)</sup>، وابن المنذر، وأبو ثور،

---

(١) الأموال لأبي عبيد (ص ٥٨ - ٦٠)، الجصاص (٣/ ١٠١ - ١٠٢)، أحكام أهل الذمة (٥٩/ ١)، أوجز المسالك (٩٨/ ١١).

(٢) هو عبيد الله بن الحسن العنبري البصري القاضي، روى عن عبد الملك العرزمي وخالد الحذاء وهارون بن رباب وعدة، وعنه ابن مهدي وأبو همام ومعاذ ابن معاذ وجماعة، فقيه ثقة توفي سنة ١٦٨ هـ. انظر الميزان (٥/ ٣)، تهذيب التهذيب (٦/ ٧ - ٨)، التقريب (٥٣١/ ١).

(٣) الأموال لأبي عبيد (٥٨)، المتقى (٢/ ١٧٥ - ١٧٦)، المقدمات (١/ ٢٨٤ - ٢٨٥)، المحلى (٧/ ٥٦٣)، الجصاص (٣/ ١٠٠ - ١٠١)، أحكام أهل الذمة (١/ ٥٧)، اللباب (٢/ ٨٠٤)، شرح فتح القدير (٤/ ٣٧٤ - ٣٧٥)، المغني (١٠/ ٥٨٨)، نيل الأوطار (٧/ ١٧٠).

(٤) هو أبو شبرمة عبد الله بن شبرمة بن طفيل بن حسان الضبي قاضي الكوفة، حدث عن أنس بن مالك وغيره، وثقه أحمد بن حنبل وأبو حاتم الرازي وغيرهما، كان من أئمة الفروع، توفي سنة ١٤٤ هـ. انظر تاريخ البخاري (٥/ ١١٧)، الجرح والتعديل (٥/ ٨٢)، السير (٦/ ٣٤٧ - ٣٤٩).



وهو مذهب الإمام الشافعي، وأصحابه، وللشافعي فيما لو أسلم أثناء الحول قولان: أحدهما أنها تسقط، والثاني: أنها تؤخذ بقسطه<sup>(١)</sup>.

وبالجملة فإن الخلاف دائر بين الجمهور القائل بسقوط الجزية بالإسلام مطلقاً، والشافعي ومن وافقه ممن قال لا يسقط منها ما وجب قبل الإسلام.

وفيما يلي عرض أدلة القولين ومناقشتها.

أدلة مالك والجمهور على سقوط ما وجب من الجزية قبل الإسلام:

استدل المالكية والجمهور بالكتاب، والسنة، وأقوال الصحابة، والنظر وذلك على النحو التالي:

أولاً: برهانهم من الكتاب العزيز:

قول الله عز وجل: ﴿قُلْ لِلَّذِينَ كَفَرُوا إِنْ يَنْتَهُوا يُغْفَرْ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ...﴾<sup>(٢)</sup>، فيكون ما ترتب من الجزية على الذمي قبل إسلامه من مشمولات المغفور لهم<sup>(٣)</sup>.

---

(١) الأم (١٧٣/٤)، مراتب الإجماع (ص ١١٦)، روضة الطالبين (٦١٢/١٠)، الجصاص (١٠٠/٣-١٠١)، مغني المحتاج (٢٤٩/٤)، زاد المحتاج (٤٤٤-٤٤٥)، المغني (٥٨٨/١٠)، نيل الأوطار (١٧٠/٧).  
(٢) الأنفال (٣٨).

(٣) المتقى (١٧٦/٢)، المغني (٥٨٨/١٠).

كما أن قوله تعالى: ﴿قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ  
الْآخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ  
أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾<sup>(١)</sup>، فيه دلالة  
على سقوط ما وجب من الجزية من وجهين:

أحدهما: أمره تعالى بأخذ الجزية ممن يجب قتاله، لإقامته على  
الكفر، ومتى أسلم لم يجز قتاله، فلا جزية عليه.

والثاني: أمره تعالى بأخذ الجزية منهم على وجه الصغار  
والذلة، وهذا المعنى منفي بعد الإسلام، فلا يمكن أخذها على هذا  
الوجه، ومتى أخذت على غير هذا الوجه، لم تكن جزية<sup>(٢)</sup>.

ثانياً: ودليلهم من السنة ما يلي:

الحديث الأول: عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال  
رسول الله ﷺ: «ليس على المسلم جزية»، ورواه الترمذي، وأحمد  
بلفظ «لا تصلح قبلتان في أرض واحدة، وليس على المسلمين  
جزية»<sup>(٣)</sup>.

---

(١) سورة التوبة (٢٩).

(٢) الجصاص (٣/ ١٠٠-١٠١).

(٣) اللفظ الأول: رواه أبو داود في سننه، كتاب الخراج والإمارة والفيء - باب  
الذمي يسلم في بعض السنة هل عليه جزية (٣/ ٤٣٨-٤٣٩)، ورواه أبو عبيد  
في كتابه الأموال - باب الجزية على من أسلم من أهل الذمة (ص ٥٨)، وذكره  
صاحب الجوهر النقي بحاشية السنن الكبرى للبيهقي (٩/ ١٩٩).

=

فهذا الحديث بظاهره وعمومه ، يوجب إسقاط ما كان استحق  
على الذمي قبل إسلامه ؛ لأن النبي ﷺ نفى أخذها من المسلم ، ولم  
يفرق بين ما وجب عليه في حال الكفر ، وحال ما بعد الإسلام ، بل  
المستحق عليه قبل إسلامه هو المراد بخصوص الحديث لكونه موضع

= واللفظ الثاني : رواه الترمذي في سننه ، كتاب الزكاة - باب ما جاء ليس على  
المسلمين جزية (٣٩٨ / ٢ - ٣٩٩) ، ورواه أحمد في مسنده (٢٢٣ / ١ ، ٢٨٥) ،  
ورواه البيهقي بلفظ « ليس على مؤمن جزية ، ولا يجتمع قبلتان في جزية  
العرب » ، السنن الكبرى ، كتاب الجزية - باب الذمي يسلم فيرفع عنه الجزية . . .  
(١٩٨ / ٩ - ١٩٩) .

وقال الترمذي : « حديث ابن عباس قد روي عن قابوس بن أبي ظبيان ،  
عن أبيه ، عن النبي ﷺ مرسلاً ، والعمل عليه عند أهل العلم » ، سنن الترمذي  
(٣٩٩ / ٢) ، وانظر كذلك مختصر المنذري (٢٥٥ / ٤ - ٢٥٦) .

وقال الزيلعي : « رواه البيهقي وسكت عنه ، وأعله ابن القطان بقابوس  
فقال : وقابوس عندهم ضعيف ، وربما ترك بعضهم حديثه ، وكان قد افتري على  
رجل فحدّ فترك لذلك » ، نصب الراية (٤٥٣ / ٤) .

وقال ابن قدامة المقدسي : « رواه الحلال ، وذكر أن أحمد سئل عنه فقال :  
ليس يرويه غير جرير » المغني (٥٨٨ / ١٠) .

وقال الشوكاني : « سكت عنه أبو داود ورجال إسناده موثقون ، وقد تكلم  
في قابوس ، ووثقه ابن معين » ، نيل الأوطار (٢١٩ / ٨) ، وذكر ابن حجر طريقاً  
آخر للحديث رواه الطبراني في الأوسط ، عن ابن عمر ، عن النبي ﷺ قال :  
« ومن أسلم فلا جزية عليه » ، الدراية (١٣٥ / ٢) ، وانظر كذلك نصب الراية  
(٤٥٣ / ٤) .

الفائدة، إذ عدم الجزية على المسلم ابتداء من ضروريات الدين<sup>(١)</sup>، قال أبو عبيد: «تأويل هذا الحديث أن رجلاً لو أسلم في آخر السنة، وقد وجبت عليه الجزية، أن إسلامه يسقطها عنه فلا تؤخذ منه، وإن كانت قد لزمته قبل ذلك، لأن المسلم لا يؤدي الجزية، ولا تكون ديناً عليه، كما لا تؤخذ منه فيما بعد الإسلام»<sup>(٢)</sup>.

وقد تأول الخطابي هذا الحديث على خلاف مراد الجمهور فقال: «الجزية في الحديث معناها الخراج، أي يسقط الخراج عن الأرض التي صولح عليها الذمي قبل إسلامه، وهو قول سفيان، والشافعي، أو يكون المراد بالجزية التي تسقط ما يخصّ الجزء من السنة إذا أسلم الذمي وقد مرّ بعض الحول»<sup>(٣)</sup>.

ويتعقب بأن ظاهر الحديث أولى من هذا التأويل البعيد، ولا يكون للحديث فائدة إلا إذا حملناه على ما وجب من الجزية قبل إسلامه<sup>(٤)</sup>.

---

(١) سنن أبي داود (٤٣٩/٣)، سنن الترمذي (٣٩٩/٢)، الجصاص (١٠١/٣)، المقدمات (٢٨٤/١)، اللباب (٨٠٤/٢)، المغني (٥٨٨/١٠) - ٥٨٩، نتائج الأفكار (٣٧٤-٣٧٥)، نيل الأوطار (٢١٩-٢٢٠).  
(٢) الأموال (ص ٥٨).

(٣) معالم السنن بحاشية مختصر المنذري (٢٥٥-٢٥٦).

(٤) الأموال (ص ٥٨)، الجصاص (١٠١/٣)، اللباب (٨٠٤/٢)، نتائج الأفكار (٣٧٤-٣٧٥).

الحديث الثاني: قوله عليه الصلاة والسلام: «إنما العشور على اليهود والنصارى، وليس على المسلمين عشور»، وفي رواية أنه جعل الخراج مكان عشور، وله طريق آخر، عن رجل من بني بكر بن وائل، عن خاله قال: قلت: يا رسول الله! أعشر قومي؟ قال: «إنما العشور على اليهود والنصارى»، وعن رجل من بني تغلب نحوه<sup>(١)</sup>.

قال الترمذي في توجيه هذا الحديث: «وقول النبي ﷺ: ليس على المسلمين عشور، إنما يعني به جزية الرقبة، وفي الحديث ما يفسر هذا حيث قال: إنَّما العشور على اليهود والنصارى»<sup>(٢)</sup>.

---

(١) هذا الحديث يختلف ألفاظه وطرقه رواه أبو داود في سننه، كتاب الخراج والإمارة والفيء - باب تعشير أهل الذمة . . . (٣/٤٣٤)، ورواه الإمام أحمد في مسنده (٣/٤٧٤)، (٥/٤١٠)، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب الجزية - باب الذمي يسلم فيرفع عنه الجزية (٩/١٩٩)، وأخرجه البخاري في التاريخ الكبير (٣/٦٠ - ٦١)، وساق اضطراب الرواة فيه وقال: «لا يتابع عليه»، وقال المنذري: «إنما فرض رسول الله ﷺ العشور فيما أخرجت الأرض خمس أو ساق»، مختصر المنذري (٤/٢٥٤)، وقال ابن القيم: «وقال عبد الحق: في إسناده اختلاف، ولا أعلمه من طريق يحتج به»، تهذيب ابن القيم بحاشية مختصر المنذري ومعالن السنن (٤/٣٥٣)، وقال الشوكاني: «في إسناده الرجل البكري وهو مجهول، وخاله أيضاً مجهول، ولكنه صحابي»، نيل الأوطار (٨/٢٢٠).

(٢) سنن الترمذي (٢/٣٩٨ - ٣٩٩).

وقال ابن قدامة: «المراد بالخراج في الحديث الجزية»<sup>(١)</sup>، وتعقب بأن الاستدلال بهذا الحديث على سقوط الجزية فيه نظر، لضعفه وبعده عن محلّ النزاع، إذ إن المراد بالعشور فيه عشور التجارات والبياعات وقت العقد<sup>(٢)</sup>، قال البيهقي: «وهذا إن صحّ، فإنّما أراد تعشير أموالهم إذا اختلفوا بالتجارة، فإذا أسلموا رفع ذلك عنهم»<sup>(٣)</sup>.

ثالثاً: استدلال مالك والجمهور بآثار الصحابة والتابعين:

روي رفع الجزية عمّن أسلم عن عمر بن الخطاب، وعليّ بن أبي طالب، وكتب عمر بن عبد العزيز إلى عمّاله أن يضعوا الجزية عمّن أسلم من أهل الجزية حين يسلمون، والوضع لا يكون إلّا فيما قد وجب، وأمّا سقوطها عنهم فيما يستقبل بعد إسلامهم، فلا يحتاج إلى كتابة أو تنبيه، لأنّه من ضروريّات الدّين، وعلى هذا أكثر أهل العلم<sup>(٤)</sup>.

---

(١) المغني (١٠/٥٨٨ - ٥٨٩).

(٢) معالم السنن بحاشية مختصر المنذري (٤/٢٥٣ - ٢٥٤).

(٣) السنن الكبرى (٩/١٩٩).

(٤) الموطأ (ص ١٨٩)، مصنف ابن أبي شيبة (١٢/٣٣٣ - ٣٣٥)، مصنف عبد الرزاق (٦/١٠٢ - ١٠٣)، الأموال (ص ٥٨ - ٦٠)، البيهقي (٩/١٩٩)، نصب الراية (٤/٤٥٣)، المقدمات (١/٢٨٤ - ٢٨٥)، المتقى (٢/١٧٥)، الجصاص (٣/١٠١ - ١٠٢)، أحكام أهل الذمة (١/٥٨ - ٥٩)، اللباب (٢/٨٠٤)، المغني (١٠/٥٨٨ - ٥٨٩)، بداية المجتهد (١/٤٠٥)، الجوهر النقي بحاشية السنن الكبرى (٩/١٩٩).

وقال أبو عبيد: «تتابعت الأحاديث عن أئمة الهدى بإسقاط الجزية عمّن أسلم، ولم ينظروا في أوّل السنّة كأن ذلك، أو في آخرها، لأن الإسلام قد أهدر ما كان قبله، وإنّما احتاج الناس إلى هذه الآثار في زمن بني أميّة، فإن بعضهم كان يأخذ الجزية ممّن أسلم، ويزعم أنها بمنزلة الضرائب على العبيد، ولا يسقط إسلام العبد عنه ضريته، فكان ذلك من عظام ما أتت هذه الأمة بعد نبيّها ﷺ، ولذلك استجاز بعض القراء الخروج عليهم، حتى صار أحد أسباب زوال دولتهم»<sup>(١)</sup>.

رابعاً: استدلال مالك والجمهور بالمعقول:

وللجمهور من المعقول ما يلي:

١- الجزية عقوبة تفرض جزاء الإقامة على الكفر بمن كان من أهل القتال، فمتى أسلم وجب سقوطها كسقوط القتل؛ لأن عقوبة الكفر تسقط بالإسلام، إذ عقاب التائب غير جائز في حال المهلة، وبقاء التكليف<sup>(٢)</sup>.

وتعقّب هذا الاستدلال، بأنّ الجزية لم تجب عقوبة، وإنّما

---

(١) الأموال لأبي عبيد (ص ٥٩-٦٠)، وانظر كذلك أحكام أهل الذمة (١٠١/٣-١٠٢).  
(٢) الجصاص (١٠١/٣)، المنتقى (١٧٦/٢)، شرح فتح القدير (٣٧٤/٤-٣٧٥)، المغني (٥٨٩/١٠).

وجبت بدلا عن حقن الدّم، وسكنى الدّار، بدليل وقوعها بالتعاقد والتراضي، واختلافها باليسار والإعسار، ووجوبها مؤجلة، وليس في العقوبات شيء من ذلك.

وأجيب: بأن قولكم: «أخذت بالرضا» غير مسلم؛ لأن الله تعالى أمر بقتالهم حتى يعطوها قسراً، وإنكارهم اختلاف العقوبات بالقلّة واليسار لا يشمل العقوبات الماليّة، وأمّا تأجيل الجزية فهو بحسب المصلحة التي يراها الإمام<sup>(١)</sup>.

٢- إذا كان الإسلام يهدم ما قبله من الشرك، والكفر، والمعاصي، فكيف لا يهدم ذلّ الجزية وصغارها<sup>(٢)</sup>.

٣- تشوّق الشارع لإسلام النّاس من أسباب تشريع الجزية؛ رجاء أن يسلموا في مستقبل الأزمان، لا سيّما مع اطلاعهم على محاسن الإسلام، وتألّف الناس بأنواع الرغبة من الأمور المطلوبة، لأن النبي ﷺ كان يعطي الناس على الإسلام حتى يسلموا، فكيف لا يتألفون بإسقاط الجزية عن من أسلم منهم<sup>(٣)</sup>.

٤- الجزية في الأصل صغار وإذلال للكفّار، فلا تجامع الإسلام بحال<sup>(٤)</sup>.

---

(١) أحكام القرآن لابن العربي (٢/٩٢٣-٩٢٤).

(٢) أحكام أهل الذمة (١/٥٩)، بداية المجتهد (١/٤٠٥).

(٣) أحكام أهل الذمة (١/٥٩)، الفروق (٣/١١٠).

(٤) أحكام أهل الذمة (١/٥٩)، المغني (١٠/٥٨١).



٥- على فرض أن الجزية إنَّما وجبت بدلاً عن النصر والجهاد، فإنها تسقط أيضاً؛ لأنه متى أسلم صار قادراً عليها بنفسه، وكذا لو قلنا بوجوبها بدلاً عن حقن الدماء وحفظ الأموال، إذ بإسلامه صار محترماً الدَّم والمال فلا تجب عليه<sup>(١)</sup>.

٦- أخذ الجزية من الذمِّي بعد إسلامه، فيه تسليط للكفار بالحدِيث عمن أسلم أنَّه لم يعذه إسلامه من الجزية وذلكها<sup>(٢)</sup>.  
استدلال الشافعي ومن وافقه على أن من أسلم بعد الحول لم يسقط عنه ما وجب من الجزية:

لم أجد للشافعية فيما اطلعت عليه من مؤلفات دليلاً من المنقول، ولهم من المعقول ما يلي:

١- إسلام الذمِّي بعد مضي الحول يجعل ما وجب عليه من الجزية قبل إسلامه ديناً مستقراً في ذمته، استحققت المطالبة به في حال الكفر، فلا يهدمه الإسلام كما لا يهدم كثيراً من الحقوق، كالخراج، وأجرة الدَّار، وسائر الديون<sup>(٣)</sup>.

---

(١) شرح فتح القدير (٤/ ٣٧٤ - ٣٧٥)، نيل الأوطار (٨/ ٢٢٠).

(٢) أحكام أهل الذمة (١/ ٥٩).

(٣) الأم (٤/ ١٨٣)، روضة الطالبين (١٠/ ٣١٢)، معالم السنن بحاشية مختصر المنذري (٤/ ٢٥٦) مغني المحتاج (٤/ ٢٤٩)، زاد المحتاج بشرح المنهاج (٤/ ٣٤٤ - ٣٤٥)، أحكام القرآن لابن العربي (٢/ ٩٢٤)، المغني (١٠/ ٥٨٩)، بداية المجتهد (١/ ٤٠٥).

وتعقّب بأن الجزية تفارق سائر الديّون؛ لأنها عقوبة بسبب الكفر، فيسقطها الإسلام كما أسقط القتل<sup>(١)</sup>.

٢- أن الجزية وجبت بدلاً عن العصمة، أو عن السكنى، وقد وصل إليه المعوّض، فلا يسقط عنه العوض بحال، كما في الأجرة، والصّلح عن دم العمد.

وتعقّب بأن الجزية لم تجب بدل العصمة؛ لأنّ العصمة ثبتت بكونه آدمياً، والذمي يسكن ملك نفسه، فلا معنى لإيجاب بدل العصمة والسكنى<sup>(٢)</sup>.

#### الترجيح:

بعد عرض أدلة المذهبين، لم يبق شك في ظهور مذهب مالك والجمهور القائل بسقوط الجزية بالإسلام مطلقاً، سواء أسلم الذمي قبل الحول أو بعده؛ وذلك لعمومات القرآن، وخصوص السنّة؛ لأن حصول الفائدة بحديث إسقاط الجزية عمن أسلم، لا تتمّ إلا إذا أريد بها ما وجب قبل الإسلام، ويتأكّد رجحان مذهب الجمهور بما ثبت عن الصحابة من إسقاطها من غير تفريق بين من أسلم قبل الحول أو بعده، يضاف إليه إجماع أهل المدينة، مع ما في إسقاطها عمن أسلم

---

(١) أحكام القرآن (٢/٩٢٤)، أحكام أهل الذمة (١/٥٧)، المغني (١٠/٥٨٩).

(٢) أحكام القرآن (٢/٩٢٤)، شرح فتح القدير (٤/٣٧٤ - ٣٧٥).

من حكمة عظيمة، وموافقة لمقاصد الشريعة التي تحرص على  
الترغيب في الإسلام، وتألف قلوب الناس عليه بدفع الأموال  
الكثيرة، فكيف يسوغ تنفيرهم بطلب القليل منه .  
وفوق ما تقدّم من قوّة الأدلة وكثرتها، لم يقابلها المخالف إلّا  
بظنون غير مسلّمة .

## المبحث الثاني

### جواز صيد المسلم بكلب المجوسي

لا يحل للمسلم صيد الكافر، ولو سمّى الله عليه<sup>(١)</sup>، أمّا ما صاده المسلم بكلب الكافر المعلم ولو مجوسياً، فحلال لا شيء فيه، ولا غبار عليه، وهو مذهب الإمام مالك الذي أجمع عليه أهل المدينة.

#### توثيق المسألة:

جاء في الموطأ: «قال مالك: الأمر المجتمع عليه عندنا، أنّ المسلم إذا أرسل كلب المجوسي الضاري<sup>(٢)</sup> فصاد، أو قتل، أنّه إن كان معلماً، فأكل ذلك الصيد حلال لا بأس به، وإن لم يدركه المسلم<sup>(٣)</sup>»، قال الزرقاني: «وهذا أمر مجتمع عليه بدار الهجرة<sup>(٤)</sup>»، وهو مذهب المتقدمين من المالكيّة، والمتأخرين لا يختلفون فيه<sup>(٥)</sup>.

---

(١) الشرح الصغير (٢/١٦١).

(٢) الكلب الضاري: هو الذي يعتاد الصيد. لسان العرب (١٤/٤٨٢ - ٤٨٣).

(٣) الموطأ (ص ٣٣١).

(٤) شرح الموطأ (٣/٨٨).

(٥) الإشراف (١/٢٥٥)، الكافي (١/٤٣٣)، الشرح الصغير (٢/١٦٥)، أسهل المدارك (٢/٤٩).

## مذهب غير المالكية:

كره طائفة من السلف استعمال المسلم كلب المجوسي في الصيد، وهم: جابر بن عبد الله، وابن عباس، وعطاء في رواية، والحسن البصري، ومجاهد، والنخعي، وسفيان الثوري، وإسحاق ابن راهويه، ورواية مرجوحة عن الإمام أحمد، وذهب سائر أهل العلم من الصحابة فمن بعدهم إلى يومنا هذا إلى إباحة استعمال كلب المجوسي المعلم، وبه قال عطاء وأحمد في أصح الروايتين عنهما<sup>(١)</sup>. وقد أهمل الحنابلة رواية المنع عند أحمد، ورجحوا جميعاً الرواية المشهورة الموافقة للجمهور، جاء في الإنصاف: «وإن صاد المسلم بكلب المجوسي حلّ، ولم يكره... وعنه لا يحلّ»<sup>(٢)</sup> وفي الكافي: «ولو صاد المسلم بكلب المجوسي حلّ، وعنه لا يحلّ... والأول المذهب»<sup>(٣)</sup>.

---

(١) مصنف عبد الرزاق (٥/ ٣٦١-٣٦٣)، المحلى (٨/ ٢٢٥)، بداية المجتهد (١/ ٤٦٢)، المجموع (٩/ ٩٧)، الجامع لأحكام القرآن (٦/ ٧٢)، المغني والشرح الكبير (١١/ ١٢-١٦)، البناية (٩/ ٦٠٤)، شرح فتح القدير (٩/ ١٨٠-١٨١)، بدائع الصنائع (٦/ ٢٧٩٢، ٢٨٠٥)، المبدع (٩/ ٢٣٦)، مطالب أولي النهى (٦/ ٣٤٣).

(٢) الإنصاف (١٠/ ٤١٩).

(٣) الكافي في فقه الإمام أحمد (١/ ٦٥٨).

وفيما يلي عرض أدلة الجمهور، ثم نناقش شبهة المخالفين:

### أدلة الجمهور:

لا شك أن هذه المسألة من الواضوح بحيث لا تحتاج إلى إثبات، ومع ذلك فلا بأس بذكر الأدلة من السنة، والمعقول، والأثر. فمن السنة قوله ﷺ: «إذا أرسلت كلبك المعلم، وذكرت اسم الله عليه، فكل...»<sup>(١)</sup>، وفي رواية النسائي «إذا أرسلت الكلب المعلم، وذكرت اسم الله عليه فأخذ، فكل...»<sup>(٢)</sup>، وهذا الإطلاق دليل على إباحة الصيد بجميع الكلاب المعلمة سواء كان تعليمها على يد مسلم، أو وثني، أو مجوسي، أو غيره، فليس في الحديث تخصيص لشيء من ذلك<sup>(٣)</sup>.

ثم إن كلب المجوسي إذا كان معلماً، فلا يختلف عن كلب المسلم في شيء، فهو آلة للصيد كالسهم، والرّمح، والشفرة، فالاصطياد بالكلب كالذّبح بالسكينة، والرّمي بالقوس، وهذه الآلات لا يراعى فيها صفة الصّانع، ولا صفة المالك، ولا صفة المعلم، وإنّما يجب

---

(١) رواه مسلم في كتاب الصيد - باب الصيد بالكلاب المعلمة (٣/ ١٥٢٩)، ورواه الإمام أحمد في مسنده (٤/ ١٩٥، ٢٥٧).

(٢) سنن النسائي، كتاب الصيد والذّبائح - باب صيد الكلب المعلم (٧/ ١٨٠ - ١٨١).

(٣) المحلى (٨/ ٢٢٥)، شرح النووي على مسلم (١٣/ ٧٤).

مراعاة المرسل في نفسه ، هل تجوز ذكاته أم لا ؟ فإذا كان ممن تجوز  
ذكاته ، حلّ صيده بأيّ كلب معلّم ، من غير اعتبار لصفة المعلّم له ،  
أو المالك<sup>(١)</sup> .

قال الإمام مالك : « وإنّما مثل ذلك مثل المسلم يذبح بشفرة  
المجوسي ، أو يرمي بقوسه أو بنبله فيقتل بها ، فصيده ذلك وذبيحته  
حلال لا بأس بأكله »<sup>(٢)</sup> ، وقال الإمام الشافعي - مستدلاً لحل الصيد  
بكلب المجوسي - : « لأن الصّيد قد جمع المعنيين اللّذين يحلّ بهما  
الصّيد ، وهما : الصائد المرسل هو الذي تجوز ذكاته ، وأنّه قد ذكى  
بما يجوز به الذكاة ، وقد اجتمع الأمران اللّذان يحلّ بهما الصّيد ،  
وسواء تعليم المجوسي ، وتعليم المسلم ؛ لأنّه ليس في الكلب معنى  
إلا أن يتأدّب بالإمساك على من أرسله ، فإن تأدّب به فالحكم حكم  
المرسل لا حكم الكلب »<sup>(٣)</sup> .

وفوق ذلك فهو مذهب الجمهور الأكبر من الصّحابة رضوان الله

---

(١) الإشراف (١/ ٢٥٥) ، المتقى (٣/ ١٢٧) ، بداية المجتهد (١/ ٤٦٢) ،  
القرطبي (٦/ ٧٢) ، المغني (١١/ ١٦) ، المبدع (٩/ ٢٣٦) ، الشرح الكبير مع  
المغني (١١/ ١٣) ، الكافي في فقه الإمام أحمد (٦/ ٦٥٨) ، الزرقاني  
(٣/ ٨٨) .

(٢) الموطأ (ص ٣٣١) .

(٣) الأم (٢/ ٢٣٢) .

عليهم<sup>(١)</sup>، وقد أجمع عليه أهل المدينة وتوارثوه<sup>(٢)</sup>، والقول بخلافهم قول مهجور تخلّى عنه سائر فقهاء الأمصار، ولم يعد يعرّج عليه أحد، إلا حين يذكر الخلاف القديم.

### شبهة القول المخالف :

اشتبه على القائلين بمنع استعمال المسلم لكلب المجوسي المعلم قول الله تعالى: ﴿... وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ تُعَلِّمُونَهُنَّ مِمَّا عَلَّمَكُمُ اللَّهُ﴾<sup>(٣)</sup>، فقالوا: توجه الخطاب بالتعليم إلى المؤمنين فهو خاص بهم، وكلب المجوسي علّمه المجوسي فهو من تعليمهم، وليس من تعليم مسلم.

وهذه الشبهة مردودة؛ لأنّها من الاحتمالات البعيدة، فالآية تدلّ على إباحة الصيد بما علم المسلمون، وما علم غيرهم فهو في معناه، لأن التعليم يؤثر في جعل كلب الصيد آلة من غير اشتراط كونه معلماً على يد مسلم، أو أنّ المالك له مسلم، كما لا يشترط كون القوس والسهم من صنع مسلم أو ملك لمسلم حتى يجوز تذكية الصيد به<sup>(٤)</sup>.

---

(١) المحلى (٢٢٦/٨).

(٢) الموطأ (ص ٣٣١).

(٣) سورة المائدة (٤).

(٤) بداية المجتهد (٤٦٢/١)، المغني (١٦/١١)، الشرح الكبير

(١٣/١١)، المبدع (٢٣٦/٩)، البناية (٦٠٤/٩)، المحلى (٢٢٥/٨).



ورفض ابن حزم أن يكون في الآية حجة لهذه المقالة فقال: «ولا حجة لهم في هذا؛ لأن خطاب الله تعالى بأحكام الإسلام لازم لكلّ أحد... وهذا مما خالفوا فيه الرواية عن صحابة لا يعرف لهم من الصحابة رضي الله عنهم مخالف»<sup>(١)</sup>.

وفوق ذلك، فإن هذا الاحتمال الضعيف معارض بالأدلة القويّة التي أشرنا إليها مع إجماع أهل المدينة، واستقرار العمل على خلافه في جميع الأمصار.

---

(١) المحلي (٨/٢٢٦).



## الباب الثاني

### مسائل عمل أهل المدينة في النكاح والطلاق والعقود المالية

وفيه فصلان وهما:

الفصل الأول: عمل أهل المدينة في النكاح والطلاق.

الفصل الثاني: عمل أهل المدينة في العقود المالية.



## الفصل الأول

### عمل أهل المدينة في النكاح والطلاق

وفيه ثلاثة مباحث وهي :

المبحث الأول : الزوج الثاني لا يهدم ما دون الثلاث تطليقات .

المبحث الثاني : مشروعية الخلع .

المبحث الثالث : تأييد الفرقة بين المتلاعنين .



## المبحث الأول

### الزوج الثاني لا يهدم ما دون الثلاث تطليقات

الطلاق نوعان: رجعي، وبائن، وقد اتفق أهل العلم على أن العدد الذي يوجب البينونة الكبرى في طلاق الحر ثلاث تطليقات متفرقات، ودلت النصوص القطعية من الكتاب والسنة على أن المطلقة ثلاثاً إذا تزوجت زوجاً جديداً، ثم طلقها بعد إصابته بإياها، فإنها تحل لزوجها الأول بعد العدة، وترجع إليه على غير طلاق؛ لأن التطليقات الثلاث يهدمها الزوج الثاني، فعادت كما لو لم يسبق أن طلقها أصلاً، وهذا محل إجماع<sup>(١)</sup> لا شك فيه، وإنما الخلاف في المطلقة بما دون الثلاث تطليقات إذا تزوجت زوجاً آخر، فهل ترجع إلى زوجها الأول بغير طلاق كالمطلقة ثلاثاً؟ أو ترجع بما عليها من طلاق؟

ومذهب الإمام مالك رحمه الله؛ أن ذات الطلقة الواحدة والطلقتين ترجع إلى زوجها الأول بما عليها من طلاق، ولو تزوجت بعد تطليقها زوجاً آخر؛ لأن الزوج الثاني لا يهدم ما دون الثلاث عند أهل المدينة بلا خلاف.

---

(١) بداية المجتهد (٢/ ٦٠، ٨٥، ٨٦، ٨٧، ٨٨)، الإجماع لابن المنذر

(ص ١٠٨).

### توثيق المسألة :

جاء في الموطأ: «عن عمر بن الخطاب أنه قال: أيما امرأة طلقها زوجها تطليقة، أو تطليقتين، ثم تركها حتى تحل وتنكح زوجاً غيره، فموت عنها أو يطلقها، ثم ينكحها زوجها الأول، فإنها تكون عنده على ما بقي من طلاقها، قال مالك: وعلى ذلك السنة عندنا التي لا اختلاف فيها»<sup>(١)</sup> بدار الهجرة؛ لأن الزوج لا يهدم من الطلاق إلا الثلاث، وأما الطلقة والطلقتان فلا يهدمها، وبهذا قال جميع المالكية<sup>(٢)</sup>.

مذهب غير المالكية في هدم ما دون الثلاث تطليقات :

اختلف أهل العلم من السلف والخلف في المرأة تطلق أقل من ثلاث تطليقات فتقضي العدة ثم تتزوج غيره فيصيبها، ثم يطلقها أو يموت عنها فتقضي العدة، وتتزوج الأول، فهل تكون عنده على ما بقي من طلاقها، أو أنها ترجع إليه على طلاق ثلاث؟

قال الأكابر من أصحاب رسول الله ﷺ : ترجع إليه على ما بقي من طلاقها، وهم عمر بن الخطاب، وعلي بن أبي طالب، وأبي بن كعب، وعمران بن حصين، وأبو هريرة، ويروى مثله عن زيد بن

---

(١) الموطأ (ص ٤٠٢).

(٢) المنتقى (٤/ ١٢٣)، القرطبي (٣/ ١٥٢)، الزرقاني (٣/ ٢١٧).



ثابت، ومعاذ بن جبل، وعبد الله بن عمرو بن العاص، وابن عمر في أحد قوليه، وبه قال أكثر التابعين، وأئمة الفقه والحديث ومنهم: عبيدة السلماني، وسعيد بن المسيب، والأوزاعي، والحسن البصري، والحسن بن حي، وسفيان الثوري، وأبو عبيد، وابن أبي ليلى، وأبو ثور، والشافعي، وإسحاق، وأحمد في أصح وأشهر الروايات عنه، وابن المنذر، ومحمد بن الحسن، وزفر، وأبو سليمان، وابن حزم<sup>(١)</sup>.

وذهبت جماعة خلاف الجمهور فقالوا: تعود المرأة إلى الزوج الأول بثلاث تطليقات، ويهدم الزوج الثاني الطلقة والطلقتين، ومن روي عنه هذا القول عبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر، وبه قال عطاء، والنخعي، وشريح، وميمون بن مهران، وأحمد في رواية مرجوحة عنه، وهو مذهب أبي حنيفة، وصاحبه أبي يوسف<sup>(٢)</sup>.

وفيما يلي عرض أدلة المذهبين ومناقشتها.

---

(١) الأم (٢٥٠/٥)، المحلى (١١/ ٦١٠-٦١١)، القرطبي (٣/ ١٥٢ - ١٥٣)، المغني والشرح الكبير (٨/ ٤٤٢)، شرح الزرقاني (٣/ ٢١٧)، الإنصاف (٩/ ١٥٩)، مطالب أولي النهى (٥/ ٤٨١)، تكملة المجموع (١٧/ ٢٨٧)

(٢) شرح فتح القدير (٣/ ١٧٨-١٧٩)، القرطبي (٣/ ١٥٣)، المغني (٨/ ٤٤١-٤٤٢)، البناية (٤/ ٦٢٧-٦٢٨)، الزرقاني (٥/ ٢١٦-٢١٧)، الإنصاف (٩/ ١٥٩).

أدلة من قال الزوج الثاني لا يهدم ما دون الثلاث :

استدل مالك والجمهور بالنقل ، والعقل .

فمن النقل : قول الله عز وجل : ﴿ الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ . . . ﴾<sup>(١)</sup> إلى قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ ﴾<sup>(٢)</sup> ، ووجه الدلالة من النص القرآني على عدم هدم الزوج الثاني للطلقة والطلقتين ما يلي :

أولاً : لأن الآية جعلت نكاح الزوج الثاني غاية للحرمة ، والمغياً ينتهي بالغاية ، فيكون الزوج الثاني منهيّاً للحرمة عند ثبوتها ؛ لأن الحرمة لا يتجزأ ثبوتها ، وهي لا تثبت إلا بعد الطلقة الثالثة ، ولا اعتداد بوطء يقع قبل ثبوت الحرمة .

ثانياً : أن الآية نصت على أن الطلقة الثالثة تحرم رجوعها إلى المطلق إلا بعد زوج غيره ، ولم تفرق بين التي تخلل تطليقاتها الثلاث زواج ، والتي لم يتخللها .

ثالثاً : دلت الآيتان على الفرق بين المطلقة واحدة واثنين ، والمطلقة ثلاثاً ، فالأولى يحل لمطلقها رجعتها ، والثانية يحرم عليه

(١) البقرة (٢٢٩) .

(٢) البقرة (٢٣٠) .

رجعتها حتى تنكح زوجاً غيره، ولما كانت ذات الطلقة والطلقتين لا يتوقف نكاحها على الزواج من غيره، فتجديد الزواج منها وعدمه سيان، أما ذات الثلاث فيتوقف حل نكاحها للأول على الإصابة من زوج غيره بنص الآية الكريمة، وهذا قاطع بعدم التسوية بين الأمرين؛ لأن الحل فيما دون الثلاث لا حكم له، وفي الثلاث له حكم بين، فلا صلة للزوج الثاني بصاحب الطلقة والطلقتين، فهو لا يحرم عليه، ولا يحل له شيئاً فلم تحرم حتى تحل بفعل الغير، وعليه فلا يكون للزوج الثاني صلة بحكم زواج مطلقة غيره إلا حيث جعله الله عزَّ وجلَّ، فلا يجوز تعدي حدود الله تعالى<sup>(١)</sup>.

واستدل المالكية ومن وافقهم أيضاً بما روي عن عمر بن الخطاب، وعلي بن أبي طالب، وأبي بن كعب، وأبي هريرة، وعبد الله بن عمرو بن العاص، وزيد بن ثابت، ومعاذ بن جبل، فكلهم قال: في المرأة المطلقة بما دون الثلاث، تتزوج بعد العدة من زوج ثان، فيطلقها، أو يموت عنها، ثم يتزوجها الأول فإنها تكون عنده على ما بقي من طلاقها، لا يهدم منه شيئاً<sup>(٢)</sup>، وبضم عمل

(١) الأم (٢٥٠-٢٥١/٥)، المحلى (١١/٦١٢)، الإشراف (٢/١٣٧)،

شرح العناية بهامش فتح القدير (٣/١٧٩)، البناية (٤/٦٢٧-٦٢٨).

(٢) الموطأ (ص ٤٠٢)، الأم (٢٥٠-٢٥١/٥)، السنن الكبرى (٧/٣٦٤-٣٦٥)،

نصب الراية (٣/٢٤١)، المحلى (١١/٦١٠-٦١١)، مصنف

عبد الرزاق (٦/٣٥١-٣٥٤).

أهل المدينة المتصل إلى ما تقدم من دلالة الآية وأقوال كبار الصحابة تكون حجة الجمهور متينة وقوية، لا تعارض إلا بما هو صريح من الكتاب، أو صحيح من السنة.

وللجمهور من المعقول ما يلي:

١ - حيث لم تكن إصابة الزوج الثاني لذات الطلقة والطلقتين شرطاً في الإباحة للأول، فلا أثر لها أيضاً في هدم الطلاق، أو تغيير حكمه، أصله وطء ملك اليمين، وإصابة الشبهة<sup>(١)</sup>.

٢ - المطلقة بطلقة أو طلقتين لم تستوف الطلاق الثلاث، فإذا عادت كانت على ما بقي من الطلاق، كما لو رجعت قبل التزويج، أو بعده وقبل الإصابة<sup>(٢)</sup>.

٣ - الزوج الثاني ليس شرطاً في رجوع ذات الطلقة والطلقتين إلى زوجها الأول، فوجوده وعدمه في ذلك سيان، فلم يكن له أثر في هدم ما تقدم من طلاق، أصله الزوج الثالث في المطلقة ثلاثاً<sup>(٣)</sup>.

---

(١) الإشراف (١٣٧/٢)، المغني (٤٤٢/٨)، الزرقاني (٢١٧/٣)، مطالب أولي النهى (٤٨١/٥)، تكملة المجموع (٢٨٧/١٧).

(٢) الإشراف (١٣٧/٢)، المغني (٤٤٢/٨)، مطالب أولي النهى (٤٨١/٥)

(٣) الإشراف (١٣٧/٢).

أدلة من قال يهدم الزوج الثاني الثلاث فما دونها :

استدلّ الحنفية ومن وافقهم للقول بأنّ الزوج الثاني يهدم الثلاث  
وما دون الثلاث من الطلاق بما يلي :

قالوا: إن قول النبي ﷺ «لعن الله المحلل، والمحلل له»<sup>(١)</sup>، يدل على  
أنّ الزوج الثاني يهدم ما دون الثلاث تطليقات كما يهدم الثالث،  
وتوجيه ذلك ؛ أنّ أهل الحديث أوردوه في باب : «ما جاء في الزوج  
الثاني» ، فصحّ أنّ المراد بالمحلل هو الزوج الثاني ، ولما سمّاه النبي ﷺ  
محللاً وهو الميثب للحل بإطلاق ، فلا وجه لتقييده بلا دليل ، فاقضى  
أنّ الحلّ الثابت به غير الحلّ الثابت قبله ، وعليه فلا فرق بين المطلقة  
ثلاثاً أو أقل في أثر الحل الذي اتصف به الزوج الثاني ، وبذلك يصبح  
هادماً لكل طلاق كان عليها قبل إصابتها لها<sup>(٢)</sup> .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه ، كتاب النكاح - باب في التحليل (٢/ ٥٦٢) ،  
وأخرجه الترمذي في أبواب النكاح - باب ما جاء في المحلل له (٤/ ٨٠ - ٨٢) ،  
وقال : «هذا حديث حسن صحيح» ، ورواه النسائي في سننه ، كتاب الطلاق - باب  
إحلال المطلقة ثلاثاً وما فيه من التغليظ (٦/ ١٤٩) ، ورواه ابن ماجه في أبواب  
النكاح - باب المحلل والمحلل له (١/ ٣٥٦) ، ورواه الحاكم في المستدرک كتاب  
الطلاق (٢/ ١٩٩) ، وقال : «صحيح الإسناد ولم يخرجاه» ، ورواه الإمام أحمد  
في مسنده (١/ ٤٤٨) ، والبيهقي في السنن الكبرى ، كتاب النكاح - باب ما جاء  
في نكاح المحلل (٧/ ٢٠٧ - ٢٠٨) .

(٢) شرح فتح القدير (٣/ ١٧٩ - ١٨٠) ، نصب الراية (٣/ ٢٣٨ - ٢٤٠) ،

البنية (٤/ ٦٢٨) .

### مناقشة الاستدلال بهذا الحديث :

من المستبعد أن يتصور المرء صلاحية هذا الحديث للاستدلال على هدم الزوج الثاني لما دون الثلاث تطليقات ؛ لعدم قربه من محل النزاع أصلاً، فإن المراد بالمحلل في الحديث، من قام بعمل غير مشروع للوصول إلى إباحة المنوع، وهو التيس المستعار كما في بعض الروايات<sup>(١)</sup>، فكيف يبنى على وصفه بالمحلل حكم شرعي بتحليل ما حرم الله، وعلى فرض صحة تسميته بالمحلل، فهو من باب التجوز بدليل أنه لعنه، ومن أثبت حلاً لا يستحق اللعن، ثم إن الحل يثبت في محل فيه تحريم، فيختص بالمطلقة ثلاثاً؛ لأن حلها لمطلقها مشروط بإصابة زوج غيره لها، وذات الطلقة والطلقتين ليس من شرط حلها لزوجها الأول نكاح زوج آخر، فهي حلال قبل الزوج وبعده، فدعوى أنه محلل لها من تحصيل الحاصل، وإثبات الثابت، وإنما ينصرف التحليل إلى ما ليس ثابتاً عملاً بالحقيقة والزعم بأن المراد بالحل في الحديث حلّ جديد قبل الثلاث وبعدها، ولا اعتداد بالحل الثابت مما تستبعده القريحة، وتمجّه الأفهام الصحيحة، ومع بعد تأويلهم ذلك عن الصواب، فهو

---

(١) سنن ابن ماجه - باب المحلل والمحلل له (٣٥٦/١)، السنن الكبرى، كتاب النكاح - باب ما جاء في نكاح المحلل (٢٠٧/٧-٢٠٨)، وأخرجه الحاكم في المستدرک، كتاب الطلاق (١٩٩/٢)، وقال: «صحيح الإسناد ولم يخرجاه».

معارض بدلالة قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ﴾<sup>(١)</sup> إلى آخر الآية، وبهذا يتضح عدم اعتماد هذا القول على شيء من الكتاب، أو الخبر المرفوع<sup>(٢)</sup>.

#### ولهم من أقوال الصحابة:

ما روي عن ابن عباس، وابن عمر رضي الله عنهم أنهما قالوا: «نكاح جديد، وطلاق جديد، والزوج الثاني يهدم الواحدة، والثنتين، والثلاث»<sup>(٣)</sup>.

وتعقب؛ بأن قول الأكثر من الصحابة رضوان الله عليهم على خلافهما، وعن ابن عمر رواية موافقة للجمهور<sup>(٤)</sup>، فلم يسلم لهم إلا قول ابن عباس، وقد خالفه جمع غفير من أكابر الصحابة.

#### ولهم من النظر ما يلي:

قالوا: إذا كان وطء الزوج الثاني يهدم التطليقات الثلاث،

---

(١) البقرة (٢٢٩).

(٢) المغني (٨/ ٤٤٢-٤٤٣)، نصب الراية (٣/ ٢٣٩-٢٤٠)، شرح العناية

(٩/ ١٧٩-١٨٠).

(٣) السنن الكبرى للبيهقي (٧/ ٣٦٥)، المصنف لعبد الرزاق (٦/ ٣٥٤-

٣٥٥)، المحلى (١١/ ٦١١)، نصب الراية (٣/ ٢٤٠)، وذكر الزيلعي أنه أثر

جيد، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٣/ ١٥٣)، الزرقاني (٣/ ٢١٧).

(٤) مصنف عبد الرزاق (٦/ ٣٥٤).

فأولى أن يهدم الطلقة الواحدة، والطلقتين<sup>(١)</sup>.

والجواب: أن هدمها مجتمعة لا يقتضي هدمها متفرقة، فإن الكل لا يساوي الجزء، وحكمه غير حكم الجزء، والقول بأن الزوج يهدم الطلاق غير مسلم؛ لأنه يهدم التحريم الواقع بتمام الثلاث فقط، ولا تحرم بما دون الثلاث حتى يهدمه<sup>(٢)</sup>.

الترجيح:

بعد عرض أدلة القولين ومناقشتها، ظهر بوضوح رجحان القول بعدم هدم الزوج الثاني ما دون الثلاثة تطليقات، وهو مذهب الجمهور منهم: المالكية، والشافعية، والحنابلة، ومحمد، وزفر من الحنفية، وليس قوة هذا القول في كثرة القائلين به، وقلة القائلين بخلافه فحسب، فإن الأصل في رجحانه قوة أدلته، ومتانتها، وكثرتها، مع ضعف أدلة المخالف، وقتلتها، فقد استدل الجمهور بالقرآن الكريم، وأقوال جمهور الصحابة، وفيهم الأكابر، والأئمة منهم، يضاف إلى ذلك إجماع أهل المدينة، وعملهم المتصل، مع ما صح من النظر، وموافقة جمهور التابعين، ولم يعارض هذه الأدلة نص من قرآن أو سنة، وما صح لهم عن قلة من الصحابة عورض بجمهورهم، فلم يبق شك في ظهور مذهب الجمهور وسقوط ما خالفه.

---

(١) شرح فتح القدير (٣/١٧٨-١٧٩).

(٢) المحلى (١١/٦١١-٦١٢)، المغني (٨/٤٤٢).



## المبحث الثاني مشروعية الخلع

الخلع في اللغة: الإزالة، والنزع. (١)

وفي الاصطلاح: بذل المرأة العوض على طلاقها (٢)، وهو مشروع عند الإمام مالك ما لم يحملها الزوج عليه لضرر يلحقه بها، وعلى هذا أجمع أهل المدينة.

توثيق المسألة:

جاء في المدونة: «وقال مالك: لم أزل أسمع من أهل العلم، وهو الأمر المجتمع عليه عندنا؛ أن الرجل إذا لم يضر بالمرأة، ولم يسيء إليها، ولم تؤت المرأة من قبله، وأحبت فراقه، فإنه يحل له أن يقبل ما افتدت به» (٣).

وفي الموطأ: «قال مالك في المفتدية التي تفتدي من زوجها، أنه إذا علم أن زوجها أضربها، وضيق عليها، وعلم أنه ظالم لها، مضى الطلاق، ورد عليها مالها، قال: فهذا الذي كنت أسمع، والذي عليه أمر الناس عندنا» (٤)، وفي رواية عنه أن الطلاق يمضي،

---

(١) لسان العرب (٧٦/٨)، تاج العروس (٣٢١/٥).

(٢) بداية المجتهد (٦٦/٢)، الإنصاف (٣٨٢/٨)، نيل الأوطار (٣٦/٧).

(٣) المدونة (٣٤٠-٣٤١/٢).

(٤) الموطأ (ص ٣٨٥).

ولا يجبر على رد ما أخذ، لكن المشهور من مذهبه ما تقدم<sup>(١)</sup>،  
وجميع المالكية على مشروعية الخلع إذا كان الضرر من قبل الزوجة،  
والكراهية للزوج، أما إذا كان الضرر منهما جميعاً، ففي مشروعية  
الخلع خلاف بينهم، والراجح عند الباجي المشروعية ما دام الضرر  
منها قد حصل، وتراضيا على الخلع<sup>(٢)</sup>.

#### مذهب غير المالكية في مشروعية الخلع:

أجمع العلماء سلفاً وخلفاً على مشروعية أخذ الزوج فدية من  
زوجته بدل حصولها على الطلاق ما دام النشوز منها، والضرر من  
قبلها، كما أجمعوا على حظر أخذ مالها إذا كانت المضارة من  
الزوج<sup>(٣)</sup>.

#### وقد شذت أقوال فخالفت الإجماع وهي:

أولاً: تفرد بكر بن عبد الله المزني التابعي المعروف بقوله:  
«لا يحل للرجل أن يأخذ من امرأته في مقابل فراقها شيئاً»، وهذا

---

(١) الجامع لأحكام القرآن (٣/١٣٧).

(٢) الإشراف (٢/١١٥)، المنتقى (٤/٦١)، المقدمات (٢/٣٨٧).

(٣) الأم (٥/١٩٧)، القرطبي (٣/١٣٧)، فتح الباري (٩/٣٩٥)، عمدة

القارئ (٢٠/٢٦٠)، شرح فتح القدير (٣/٢٠٩)، المبسوط (٦/١٧١)، البدائع

(٤/١٨٩٢)، المغني (٨/١٧٣)، بداية المجتهد (٢/٦٦)، نيل الأوطار

(٧/٣٦).

إنكار لمشروعية الخلع في مقابل الإجماع<sup>(١)</sup>.

ثانياً: تخصيص ابن سيرين وأبي قلابة جواز الخلع بوقوع الفاحشة، فقالا: «لا يحل الخلع حتى يجد على بطنها رجلاً»<sup>(٢)</sup>.

ثالثاً: اختيار بعضهم عدم جواز الخلع حتى يقع الشقاق منهما جميعاً، وبه قال جماعة من التابعين منهم: طاووس، والشعبي، وغيرهما.<sup>(٣)</sup>

رابعاً: ما حكاه ابن المنذر عن النعمان أنه قال: «إذا جاء الظلم والنشوز من الزوج، وخالعتة فهو جائز ماض، ولا يجبر على رد ما أخذه لكنه آثم ولا يحل له ما صنع، وبمثله وردت رواية مرجوحة عن مالك<sup>(٤)</sup>.

خامساً: ما ذهب إليه الحسن البصري، وابن سيرين، وسعيد بن جبير من أن الخلع لا يجوز إلا عند السلطان<sup>(٥)</sup>.

---

(١) المحلى (١١/٥٨٥)، بداية المجتهد (٢/٦٧)، فتح الباري (٩/٣٩٥)، القرطبي (٣/١٣٩)، عمدة القارئ (٢٠/٢٦٠)، المغني (٨/١٧٣-١٧٤)، نيل الأوطار (٧/٣٦).

(٢) عمدة القارئ (٢٠/٢٦٠)، المغني (٨/١٧٣-١٧٤)، نيل الأوطار (٧/٣٧-٣٨).

(٣) نيل الأوطار (٧/٣٧-٣٨).

(٤) الإجماع (ص ١٠٤)، الجامع لأحكام القرآن (٣/١٣٧).

(٥) ابن أبي شيبه (٥/١١٧)، عبد الرزاق (٦/٤٩٥)، الجصاص =

وفيما يلي عرض أدلة الجمهور، ثم نتبعها بمناقشة شبهات المقالات المخالفة .

أدلة مالك والجمهور على مشروعية الخلع بشرطه :

استدل مالك والجمهور بالكتاب، والسنة، وإجماع الأمة، والنظر الصحيح .

فمن الكتاب العزيز احتج الجمهور بما يلي :

١- قوله عز وجل: ﴿... فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ...﴾ (١) والآية نص في مشروعية الخلع، فقد رفعت الجناح عن الزوجين في الأخذ والعطاء من الفداء، فكل ما كان فداءً جاز على الإطلاق (٢) .

٢- قوله جل شأنه: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾ (٣) . فدللت الآية على

= (٢/٣٥٩)، الإجماع (ص ١٠٤-١٠٥)، فتح الباري (٩/٣٩٦)، القرطبي

(٣/١٣٨)، وقيل: إن أول من قال بهذا القول زياد، وكان والياً لعمر وعلي

رضي الله عنهما . انظر الجصاص (٢/٣٩٥)، القرطبي (٣/١٣٨) .

(١) سورة البقرة (٢٢٩) .

(٢) أحكام القرآن (١/١٩٥-١٩٦)، المحلى (١١/٥٨٧)، المقدمات

(٢/٢٨٧)، عمدة القارئ (٢٠/٢٦٠)، بداية المجتهد (٢/١٦٦)، المغني

(٨/١٧٣-١٧٤)، الزرقاني (٣/١٨٥) .

(٣) سورة النساء (٤) .

مشروعية الفدية وغيرها ، لأن الفدية في الخلع من مالها ، أعطته بطيب نفس منها<sup>(١)</sup> .

ودليل المشروعية من السنة ما يلي :

روى مالك ، عن يحيى بن سعيد ، عن عمرة بنت عبد الرحمن<sup>(٢)</sup> أنها أخبرته عن حبيبة بنت سهل الأنصاري أنها كانت تحت ثابت بن قيس بن شماس ، وأن رسول الله ﷺ خرج إلى الصبح ، فوجد حبيبة بنت سهل عند بابه في الغلس ، فقال لها رسول الله ﷺ : « من هذه ؟ » فقالت : أنا حبيبة بنت سهل يا رسول الله ، قال : « ما شأنك ؟ » قالت : لا أنا ولا ثابت بن قيس لزوجها ، فلما جاء زوجها ثابت بن قيس قال له رسول الله ﷺ : « هذه حبيبة بنت سهل قد ذكرت ما شاء الله أن تذكر » ، فقالت حبيبة : يا رسول الله ! كل ما أعطاني عندي ، فقال رسول الله ﷺ لثابت بن قيس : « خذ منها » ، وجلست في بيت أهلها<sup>(٣)</sup> .

---

(١) الإشراف (٢/ ١١٥) ، المقدمات (٢/ ٣٨٧) ، بدائع الصنائع (٤/ ١٩٠٥) .

(٢) هي عمرة بنت عبد الرحمن بن سعد بن زرارة الأنصارية المدنية ، روت عن عائشة وحبيبة بنت سهل وأم حبيبة ، وعن ابنها أبو الرجال وأخوها محمد ويحيى وغيرهم . متفق على توثيقها ، ماتت سنة ثمان وتسعين وقيل بعد ذلك . تاريخ الثقات (٥٢١) ، الثقات (٥/ ٢٨٨) ، تهذيب التهذيب (١٢/ ٤٣٨ - ٤٣٩) .

(٣) الموطأ ، كتاب الطلاق - ما جاء في الخلع (ص ٣٨٤ - ٣٨٥) ، سنن أبي داود ، كتاب الطلاق - باب الخلع (٢/ ٦٦٧ - ٦٦٩) .

وفي رواية البخاري عن ابن عباس رضي الله عنهما أنها قالت :  
يا رسول الله ! ما أنقم على ثابت في خلق ولا دين ، ولكنني أكره الكفر  
في الإسلام ، وفي رواية : ولكنني لا أطيقه ، فقال رسول الله ﷺ :  
«أتردين عليه حديثه» قالت : نعم ، قال رسول الله ﷺ : «أقبل  
الحديقة ، وطلقها تطليقه . . » ، وفي رواية : «فردت عليه حديثه ،  
وأمره ففارقها»<sup>(١)</sup> .

وهذا الحديث أصل في مشروعية الخلع ، ففيه دليل صريح على  
جواز أخذ العوض من المرأة إذا كرهت البقاء مع الزوج<sup>(٢)</sup> .

والأصل الثالث بعد الكتاب ، والسنة ، إجماع الأمة على  
مشروعية الخلع إلا من شذ ، جاء في المغني : «وقال بمشروعية الخلع  
عمر ، وعثمان ، وعلي وغيرهم من الصحابة ، ولم يعرف لهم في  
عصرهم مخالف منهم ، فيكون إجماعاً ، وبهذا قال جميع الفقهاء  
بالحجاز ، والشام»<sup>(٣)</sup> .

وقال الحافظ ابن حجر : «وأجمع العلماء على مشروعيته إلا بكر  
ابن عبد الله المزني التابعي المشهور»<sup>(٤)</sup> ، وقد صرح بالإجماع في ذلك

---

(١) صحيح البخاري ، كتاب الطلاق . باب الخلع . (٧ / ٦٠ - ٦١) .

(٢) الجامع لأحكام القرآن (٣ / ١٣٩) ، المنتقى (٤ / ٦١) ، نيل الأوطار  
(٣٧ / ٧) .

(٣) المغني (٨ / ١٧٣ - ١٧٤) .

(٤) فتح الباري (٩ / ٣٩٥) .

كثير من أهل العلم<sup>(١)</sup>.

ومن جهة المعنى فإن الحكمة تقتضي مشروعية الخلع، لما فيه من دفع الضرر عن المرأة غالباً، وتعويض الزوج عما يلحقه من هم فراق لم يتسبب فيه، ثم إنَّ كل حال جاز أن يطلق فيها بغير عوض، جاز أن يطلق فيها بعوض، وكما جاز أن يملك الزوج الانتفاع بالبضع بعوض، جاز أن يزيل ذلك الملك بعوض، أصله البيع والشراء، فالنكاح كالشراء، والخلع كالبيع<sup>(٢)</sup>.

وبعد: فهذه الأدلة من الكتاب، والسنة، والإجماع، وصحيح النظر قاضية على كل خلاف، مبطله لكل وهم، فلم يبق إلا مناقشه شبه المخالفين، وبيان محل الغلط فيها.

#### مناقشة الأقوال المخالفة:

أولاً: مناقشة قول المزني بعدم مشروعية الخلع:

استدل بكر المزني بقول الله عز وجل: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا﴾<sup>(٣)</sup> وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ

---

(١) مغني المحتاج (٣/٢٦٢)، نيل الأوطار (٧/٣٦).

(٢) الإشراف (٢/١١٥)، بدائع الصنائع (٤/١٩٠٦)، مغني المحتاج

(٣/٢٦٣).

مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا»<sup>(١)</sup>، وزعم أن الآيتين قد نسختا آية البقرة التي استدل بها الجمهور على مشروعية الخلع، فلم يبق إلا المنع، فلا يجوز للزوج أن يأخذ شيئاً من صداقها بحال<sup>(٢)</sup>.

كما استدل لقول المزني بما رواه ثوبان عن النبي ﷺ أنه قال: «أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير ما بأس، فحرام عليها رائحة الجنة»<sup>(٣)</sup>، وما رواه الحسن، عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «المنتزعات والمختلعات هن المنافقات»<sup>(٤)</sup>.

وقد أجاب الجمهور عن هذا الاستدلال بما يزيل الشبهة، ويؤكد الصواب الذي عليه الأمة، فقالوا: دعوى نسخ آية البقرة بآتي

---

(١) النساء (٢٠، ٢١).

(٢) المحلى (١١/ ٥٨٥)، بداية المجتهد (٢/ ٦٧)، القرطبي (٣/ ١٣٩ - ١٤٠)، فتح الباري (٩/ ٣٩٥-٣٩٦)، عمدة القارئ (٢٠/ ٢٦٠)، المغني (٨/ ١٧٣-١٧٤)، نيل الأوطار (٧/ ٣٦).

(٣) سنن أبي داود، كتاب الطلاق-باب في الخلع (٢/ ٦٦٧)، ورواه الترمذي في أبواب الطلاق واللعان-باب ما جاء في المختلعات (٣/ ١٧٣-١٧٤)، وقال: «هذا حديث حسن»، ورواه ابن ماجه في أبواب الطلاق-باب كراهية الخلع للمرأة (١/ ٣٧٩)، وانظر كذلك معالم السنن (٣/ ٤٢).

(٤) سنن النسائي، كتاب الطلاق-باب ما جاء في الخلع (٦/ ١٨٦)، سنن الترمذي-باب ما جاء في المختلعات (٤/ ١١٣).



النساء باطلة، فلا تعارض ولا تدافع بين الآيات حتى يقع النسخ، فإن آتي النساء خطاب للأزواج بخاصة، نُهوا فيها أن يأخذوا من أزواجهن شيئاً على وجه المضاربة، وهذا لا يصح عند الجميع، فإن أخذ شيء من صداق الزوجة على وجه المضاربة بغير طيب نفس منها فيه إثم مبین وبهتان عظیم، وليس في الآيتين نهی عن الخلع المشروع أصلاً، وقد ثبتت مشروعیة الخلع بأية البقرة كما تقدم، وهي آية محكمة لم يدخلها النسخ، وفيها أن الأخذ من الزوجة بشرطه طيب مباح، وليس إثمًا ولا عدوانًا، ولا داعي لتحتيم التعارض بين النصين وتكلف القول بالنسخ؛ لأن الجمع بين النصين ممكن، والعمل بهما جميعاً مستساغ، ووجه ذلك؛ أن المنع في آتي النساء عام في الأخذ من صداق المرأة بغير رضاها، وآية البقرة وغيرها تخص وتستثني الأخذ برضاها، وعن طيب نفس منها<sup>(١)</sup>.

وأما حديث ثوبان؛ فليس فيه ما يدل على المنع من الخلع، وكل ما فيه توعد من تطلب الطلاق من زوجها دون عذر مقبول من ضرر لحقها ونحوه، وهذا لا خلاف في كراهته وقبحه، ولا يشمل الحديث الخلع المشروع الذي ينشأ عن البأس الذي يلحق بالزوجة،

---

(١) المحلى (١١/٥٨٥-٥٨٧)، الجامع لأحكام القرآن (٣/١٣٦)، ١٣٩،

(١٤٠)، بداية المجتهد (٢/٦٧)، عمدة القارئ (٢٠/٢٦٠)، فتح الباري (٩/٣٩٥-٣٩٦).

ويصعب معه بقاء رابطة الزوجية، واستمرار العشرة<sup>(١)</sup>، ثم إن الكراهة لا تنافي الجواز.

وحديث: «... المختلعات هن المنافقات»<sup>(٢)</sup>، لا تقوم به حجة، لقول النسائي: «لم يسمع الحسن من أبي هريرة شيئاً»<sup>(٣)</sup>، ورواه الترمذي من غير طريق أبي هريرة وقال: «هذا حديث غريب من هذا الوجه، وليس إسناده بالقوي»<sup>(٤)</sup>، ولو صح ما جاز الاستدلال به على منع الخلع المشروع، لكونه خاصاً في اللاتي يطلبن الطلاق من أزواجهن بلا عذر<sup>(٥)</sup>.

ومع هذا التوجيه لهذه الشبهات، فإنها معارضة بالآيات الصريحة، والأخبار الصحيحة، وإجماع الأمة، ولعل الحديث لم يبلغ بكرة المزني، فانفرد بهذا القول الشاذ الذي خالف به الإجماع، ففي الجامع لأحكام القرآن: «هذا قول شاذ خارج عن الإجماع لشذوذه»<sup>(٦)</sup>، وفي عمدة القارئ: «هذا القول خلاف السنة الثابتة،

---

(١) المحلى (٥٨٦/١١).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) سنن النسائي (١٦٨-١٦٩/٦).

(٤) سنن الترمذي (١٧٣/٤).

(٥) المحلى (٥٨٦/٦)، سنن النسائي (١٦٨-١٦٩/٦).

(٦) الجامع لأحكام القرآن (١٣٩-١٤٠/٣).

وخالف جماعة الفقهاء بالحجاز، والشام، والعراق<sup>(١)</sup>، والإجماع منعقد قبله، وبعده على خلافه<sup>(٢)</sup>.

ثانياً : مناقشة قول من اشترط لجواز الخلع حدوث الفاحشة الصريحة:

استدل أصحاب هذا القول بقول الله عز وجل: ﴿... وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِيَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ...﴾<sup>(٣)</sup>، حيث فسروا الفاحشة بالزنا.

والجواب عنه من وجوه:

الوجه الأول: أن الأكثر على أن المراد بالفاحشة في الآية النشوز، قاله ابن عباس، والضحاك، وقتادة وغيرهم، أو هي عامة في كل ما يقبح من الأقوال، والأفعال، من بذاءة اللسان إلى الزنا، وقد فسرت آية البقرة، وأحاديث الباب الصحيحة المراد بالفاحشة، وهي من أعظم الأدلة التي رفعت اللبس، وبينت الصواب<sup>(٤)</sup>.

---

(١) عمدة القارئ للعيني (٢٠/ ٢٦٠).

(٢) فتح الباري (٩/ ٣٩٥-٣٩٦)، نيل الأوطار (٧/ ٣٦).

(٣) النساء (١٩).

(٤) الطبري (٤/ ٢١١-٢١٢)، الجصاص (٢/ ١٠٩)، نيل الأوطار

(٧/ ٣٧-٣٨).

الوجه الثاني : قيل : إن الآية نزلت في الرجل تصيب امرأته  
الفاحشة فيأخذ منها ما ساق إليها ويخرجها ، ثم نسخت  
بالحدود<sup>(١)</sup>.

الوجه الثالث : أنه روي عن ابن سيرين وأبي قلابة أن الآية  
خاصة فيمن رأى من امرأته الزنا ، فيباح له أن يضارها ويشق عليها  
حتى تختلع منه ، وهو ظاهر الآية ، وهذا قول ثان لابن سيرين ،  
وأبي قلابة ، وهو لا ينافي جواز الخلع عند نشوز المرأة إذا كان  
برضاها<sup>(٢)</sup> ، وقولهما هذا غير المعارض للنصوص والإجماع ، أولى  
من القول الآخر المصادم للنصوص ، والشاذ عن الإجماع ، وعلى  
الجملة فلا اعتداد بمثل هذا القول المهجور ، ولعل القائل به لم يبلغه ما  
صح في الباب<sup>(٣)</sup>.

ثالثاً : مناقشة من اشترط وقوع الشقاق من الزوجين لحل  
الخلع :

استدل صاحب هذا القول بظاهر قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ  
أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴾<sup>(٤)</sup> ، إذ

---

(١) الطبري (٢١١/٤).

(٢) الطبري (٢١١-٢١٢/٤).

(٣) نيل الأوطار (٣٧-٣٨/٧).

(٤) البقرة (٢٢٩).

نسبت الآية الشقاق إلى الزوجين جميعاً.

وأجيب: بأن الآية لا تدل على لزوم وقوع الشقاق من الزوجين ليصح الخلع، وإنما نسبت الآية المخالفة إليهما اعتباراً للغالب، لأن الشقاق يقع في الغالب بين الزوجين إذا بدأت المرأة بتضييع حقوق الزوج، فيفضي إلى بغض الزوج لها لكنه لا يطرد، فقد يكون الزوج صبوراً محباً لزوجته، فلا يحدث من قبله شقاق أو مخالفة، ومما يدل على عدم اعتبار الشقاق من جهة الزوج، أن النبي ﷺ فرق بين ثابت ابن قيس وزوجته حين شكت كرهها له، ولم يسأله عن كرهه لها<sup>(١)</sup>، بل صرحت في بعض الروايات أنها لا تنقم على ثابت في خلق ولا دين، ولكنها لا تطيقه<sup>(٢)</sup>.

رابعاً: مناقشة القول بجواز الخلع ونفاذه، ولو وقع الظلم من الزوج.

أما هذا القول فلم أجده له شبهة يستند إليها، وهو خلاف ظاهر قوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قَنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا﴾<sup>(٣)</sup>، وخلاف إجماع أهل العلم، وفي الجامع لأحكام القرآن قال ابن المنذر مستثناً

---

(١) الطبري (٢١١-٢١٢/٤)، نيل الأوطار (٣٧-٣٨/٧).

(٢) البخاري (٦٠-٦١/٧).

(٣) النساء (٢٠).

هذا القول: «ولا أحسب أن لو قيل لأحد: اجتهد نفسك في طلب الخطأ، ما وجد أمراً أعظم من أن ينطق الكتاب بتحريم شيء، ثم يقابله مقابل بالخلاف نصاً فيقول: بل يجوز ذلك»<sup>(١)</sup>.

خامساً: مناقشة القول بأن الخلع لا يجوز إلا عند السلطان: استدل من قال إن الخلع لا يجوز إلا عند السلطان بقوله تعالى: ﴿... فَإِنْ خِفْتُمْ...﴾<sup>(٢)</sup>، إذ جعل الخوف لغير الزوجين، ولو أراد الزوجين، لقال: فإن خافا، ولا معنى لهذا القول؛ لأن الرجل إذا خالع امرأته فإنما هو على ما يتراضيان به، ولا يجبره السلطان على ذلك، ويبعد أن يكون معنى الآية لا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً إلا أن يخاف غيركم، ولم يقل سبحانه وتعالى: فلا جناح عليكم أن تأخذوا له منها فدية حتى يكون الخلع إلى السلطان<sup>(٣)</sup>.

وقد صح عن كبار الصحابة مثل عمر، وعثمان، وابن عمر رضي الله عنهم جواز الخلع دون السلطان<sup>(٤)</sup>، بل هو إجماع سائر

---

(١) الجامع لأحكام القرآن (٣/١٣٧).

(٢) البقرة (٢٢٩).

(٣) القرطبي (٣/١٣٧-١٣٨).

(٤) مصنف ابن أبي شيبة (٥/١١٦-١١٧)، مصنف عبد الرزاق - باب الخلع دون السلطان (٦/٤٩٤)، وأخرجه البخاري تعليقا عن عمر وعثمان (٧/٦٠)، ونحوه في السنن الكبرى للبيهقي (٧/٣١٥-٣١٦).

الأمة سوى ما تقدم من القول الشاذ، قال ابن المنذر: «وأجمعوا أن الخلع يجوز دون السلطان»<sup>(١)</sup>. وذلك الذي يقتضيه النظر الصحيح، فإن الخلع نظير الطلاق، وهو يجوز دون السلطان<sup>(٢)</sup>، وبهذا كله يتبين سقوط هذه المقالة، وأنها مثل سابقتها لا تعويل عليها، ولا التفات إليها.

وبالجملة فليس فيما ذكرنا من الأقوال المخالفة ما يلتفت إليه أو يعول عليه، وهي أقوال قد هجرت، ووقع الإجماع على خلافها، ولا تذكر في العادة إلا على سبيل الإحاطة بها وبيان وجه الخطأ فيها.

---

(١) الإجماع لابن المنذر (ص ١٠٤).

(٢) الجامع لأحكام القرآن (٣/ ١٣٧).

## المبحث الثالث

### تأبيد الفرقة بين المتلاعنين

اللَّعْن في اللغة: الطرد والإبعاد.

واللَّعَان: هو اللَّعْن بين اثنين فصاعداً<sup>(١)</sup>.

واللعان في الاصطلاح: أيمان أو شهادات من الزوج والزوجة مقرونة بلعن وغضب<sup>(٢)</sup>، وهو حكم ثابت بالكتاب، والسنة، والإجماع، والقياس ولا خلاف في ثبوته، ويجب اللعان في صورتين وهما: دعوى الزنا، ونفي الحمل، فإذا ادعى الزوج أنه رأى زوجته تزني، أو نفى أن يكون الحمل منه، حلف أربع شهادات بالله على دعواه، ويقول في الخامسة: لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، ثم تشهد الزوجة أربع شهادات بنقيض ما شهد به الزوج، وتقول في الخامسة: أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين<sup>(٣)</sup>، ومن لازم اللعان الفرقة بين الزوجين، وهي عند الإمام مالك رحمه الله أبدية وإن أكذب الزوج نفسه، لعمل أهل المدينة بلا شك ولا اختلاف.

---

(١) لسان العرب (١٣/٣٨٧ - ٣٨٨).

(٢) الهداية (٢/٢٣)، الشرح الصغير (٢/٦٥٧ - ٦٥٨)، مغني المحتاج

(٣/٣٦٧)، الروض المربع (٣/٢٠٠٠).

(٣) بداية المجتهد (٢/١١٥ - ١٢٢).



### توثيق المسألة :

جاء في الموطأ : « قال مالك : السنة عندنا أن المتلاعنين لا يتناكحان أبداً ، وإن أكذب نفسه جلد الحد ، وألحق به الولد ، ولم ترجع إليه أبداً ، وعلى هذا السنة عندنا التي لا شك فيها ولا اختلاف »<sup>(١)</sup>.

وفي المدونة : قال مالك : « السنة في المتلاعنين أنهما لا يتناكحان أبداً ، وإن أكذب نفسه جلد الحد ، وألحق به الولد ، ولم ترجع إليه امرأته ، قال مالك : وتلك السنة عندنا لا شك فيها »<sup>(٢)</sup> ، وعلى هذا جميع المالكية إلا من شذ<sup>(٣)</sup>.

قال القرطبي : « وعلى هذا السنة التي لا شك فيها ولا خلاف »<sup>(٤)</sup>.

### مذهب غير المالكية في فرقة اللعان :

أجمع أهل العلم من السلف والخلف إلا من شذ على أن من

---

(١) الموطأ (ص ٣٨٧).

(٢) المدونة (٣/١٠٧).

(٣) الإشراف (٢/١٣٧)، التمهيد (٦/١٩٥-٢٠٠)، المتقى (٤/٧٨)،  
المقدمات (٢/٤٩٨)، القرطبي (١٢/١٩٣)، بداية المجتهد (٢/١٢١)، الأبي  
(٤/١٤٥).

(٤) الجامع لأحكام القرآن (١٢/١٩٤).

لاعن زوجته حرمت عليه، ولا تحل له إن لم يكذب نفسه أبداً، ومن روي أنه لم يفرق بين المتلاعنين المصعب بن الزبير<sup>(١)</sup>، وشذ عثمان البتي<sup>(٢)</sup> في أهل البصرة، فإنه لم ير التلاعن ينقض شيئاً من عصمة الزوجين حتى يطلق، وسائر أهل العلم على خلاف هذا القول؛ سواء من قال منهم تقع الفرقة بمجرد تلاعن الزوجين، أن من قال بوجوب تفريق الحاكم بينهما<sup>(٣)</sup>.

وأما إذا أكذب الزوج نفسه بعد التلاعن، فإن الجمهور الأكبر

---

(١) صحيح مسلم (١١٣٢/٢)، والمصعب بن الزبير هو أبو عيسى مصعب بن الزبير بن العوام القرشي الأسدي. قال الذهبي: «لا رواية له»، قتل يوم نصف جمادى الأولى سنة اثنتين وسبعين (٧٢هـ)، قال ابن حجر: «ثقة فقيه مشهور». تاريخ بغداد (١٠٥/١٣)، طبقات ابن سعد (١٨٢/٥)، السير (٤/١٤٠ - ١٤٢)، التقريب (١٩/٢).

(٢) هو أبو عمرو عثمان بن مسلم الكوفي فقيه البصرة، حدث عن أنس والشعبي وعبد الحميد بن سلمة وغيرهم، وعنه شعبة وسفيان وابن علية وعدة، وثقة أحمد والدارقطني، وقال أبو حاتم: «شيخ يكتب حديثه»، قال ابن حجر: «صدوق»، مات سنة ثلاثة وأربعين ومائة (١٤٣هـ). طبقات ابن سعد (٧/٢١)، الجرح والتعديل (٦/١٤٥)، السير (٦/١٤٨-١٤٩)، التهذيب (٧/١٥٣)، التقريب (١٤/٢).

(٣) التمهيد (٦/١٩٥-١٩٧)، المحلى (١١/٤٢٢)، النووي على مسلم (١٠/١٢٢)، شرح فتح القدير (٣/٢٥٣-٢٥٤)، المغني (٩/٣٣-٣٤)، المحلى (١١/٤٢٣)، تكملة المجموع (١٧/٤٥٠).

من الصحابة، والتابعين، وأكثر أهل العم من الفقهاء والمحدثين، على تأييد التحريم، فلا تحل له بحال أكذب نفسه، أو لم يكذبها، وبهذا جاءت الأخبار عن عمر بن الخطاب، وعلي بن أبي طالب وابن مسعود رضي الله عنهم (١)، وبه قال الحسن بن حي، وعطاء، وجابر ابن زيد، والزهري، والحكم، والأوزاعي، والليث بن سعد، وأبو عبيد، وأبو ثور، والشافعي، وإسحاق، وأبو يوسف من الحنفية، وأحمد في الصحيح عنه.

وذهبت طائفة من أهل العلم إلى جواز عودة الزوجة الملاعنة إلى زوجها إذا أكذب نفسه، ومنهم سعيد بن المسيب، وسعيد بن جبير، وعبد العزيز بن أبي سلمة، وحماد بن أبي سليمان، والحسن البصري، والضحاك، والشعبي، واختلف عن إبراهيم وابن شهاب في ذلك، وهو مذهب أبي حنيفة وصاحبه محمد، ورواية شاذة عن الإمام أحمد، وقول لابن لبابة المالكي، وقيل بجواز ردها إلى عصمته بعد أن تنكح زوجاً آخر، وقيل: لا يمنع من مراجعتها بعقد جديد (٢).

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي (٧/٤١٠)، نصب الراية (٣/٢٥١)، القرطبي

(١٢/١٩٤)، المغني (٩/٣٠)، تلخيص الحبير (٢/٢٢٧).

(٢) مصنف ابن أبي شيبة (٥/١٠٠-١٠١)، الإشراف (٢/١٦١)، التمهيد

(٦/١٩٧، ١٩٩، ٢٠٠)، المحلى (١١/٤٢٣)، المقدمات (٢/٤٩٨-

٤٩٩)، بداية المجتهد (٢/١٢١)، فتح الباري (٩/٤٥٨-٤٦٠)، طرح

التشريب (٧/١١٤-١١٥)، النووي على مسلم (١٠/١٢٢)، الجامع لأحكام =

والخلاصة مما تقدم أن الأقوال في المسألة ثلاثة :

أولها: قول الجمهور وهو تأييد التحريم بعد الفراغ من التلاعن دون الحاجة إلى طلاق أو تفريق الحاكم .

ثانيها: قول البتي : وهو عدم التحريم أصلاً إلا إذا أتبعه بطلاق .

ثالثها: القول بعدم تأييد التحريم إذا أكذب نفسه ، وهو قول أبي حنيفة ومن وافقه ، أو قول بعضهم : إنما اللعان طلقة واحدة بائنة ، أو طلاق ثلاث .

وفيما يلي عرض أدلة الجمهور ، ثم نناقش مقالة البتي ، وبعدها قول الحنفية في عدم تأييد الفرقة باللعان .

**أدلة الجمهور على تأييد الفرقة باللعان :**

استدل الجمهور لتأييد الفرقة بمجرد اللعان ، بالسنة ، وعمل الأمة ، وصحيح النظر .

**فمن السنة اعتمدوا على الأحاديث الآتية :**

الحديث الأول : عن ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ للمتلاعنين : «حسابكما على الله ، أحكما كاذب ، لا سبيل لك عليها ،

---

= القرآن (١٢/١٩٣-١٩٤) ، شرح فتح القدير (٣/٢٥٣-٢٥٥) ، المغني (٩/٣٣-٣٤) الإنصاف (٩/٢٥١-٢٥٢) ، مطالب أولي النهى (٥/٥٤٣) ، تكملة المجموع (١٧/٤٥٠) ، نيل الأوطار (٧/٦٧) .

قال: يا رسول الله ! مالي ؟ قال : لا مال لك إن كنت صدقت عليها، فهو بما استحلتت من فرجها، وإن كنت كذبت عليها، فذاك أبعد لك منها»<sup>(١)</sup>.

ففي الحديث إعلام للمتلاعنين بانقطاع العصمة بينهما، وتأيد التحريم، فإن قوله عليه الصلاة والسلام: «لا سبيل لك عليها» إطلاقاً للتحريم من غير تقييد بشرط يحلها، وهو ما يوجب حمله على التأيد، فلا يجتمعان بكل وجه<sup>(٢)</sup>.

الحديث الثاني: ثبت في أكثر من حديث أن النبي ﷺ «فرق بين المتلاعنين»<sup>(٣)</sup>، وفي رواية عند مسلم أن النبي ﷺ قال - بعد أن فارق الزوج الملاعن زوجته الملاعنة: «ذاكم التفريق بين كل متلاعنين»<sup>(٤)</sup>.

ووجه الدلالة من هذه الروايات المستفيضة الصحيحة؛ أن الفرقة بين المتلاعنين لازمة ولا بد، لتكرار وقوعها بحضرة النبي ﷺ،

- 
- (١) صحيح البخاري، كتاب الطلاق - باب قول الإمام للمتلاعنين (٧/ ٧١ - ٧٢)، صحيح مسلم، كتاب اللعان (٢/ ١١٣١ - ١١٣٢).
- (٢) التمهيد (٦/ ٢٠٠ - ٢٠١)، المقدمات (٢/ ٤٩٨)، المتقى (٤/ ٧٦)، المحلى (١١/ ٤٢٢ - ٤٢٣)، القرطبي (١٢/ ١٩٤).
- (٣) صحيح البخاري، كتاب الطلاق - باب إحلاف الملاعن (٧/ ٦٩ - ٧١)، وفي باب التفريق بين المتلاعنين (٧/ ٧٢)، صحيح مسلم، كتاب اللعان (٢/ ١١٣٢).
- (٤) صحيح مسلم (٢/ ١١٣٢).

وثبوت التفريق عنه ﷺ قولاً، وفعلاً، وإقراراً<sup>(١)</sup>.

الحديث الثالث: قصة عويمر وفيها: أنه لاعن زوجته، ثم طلقها ثلاثاً قبل أن يأمره رسول الله ﷺ، قال ابن شهاب: «فكانت سنة المتلاعنين»، وفي لفظ لمسلم قال: «وكان فراقه إياها بعد سنة في المتلاعنين»<sup>(٢)</sup>، وفي الحديث تبين للحكم بإيقاع الفراق بين كل متلاعنين بدليل قوله: «قبل أن يأمره»، وفي قوله: «فكانت تلك سنة المتلاعنين»، إشارة إلى تأييد التحريم<sup>(٣)</sup>.

الحديث الرابع: أخرج البيهقي في سننه أن النبي ﷺ فرق بين المتلاعنين وقال: «لا يجتمعان أبداً»<sup>(٤)</sup>، والحديث إسناده جيد<sup>(٥)</sup>، وهو نص في حصول الفرقة، وأنها مؤبدة، فلا يجتمعان بعد التلاعن أبداً<sup>(٦)</sup>، والقول ببقاء النكاح يقتضي إمكانية اجتماعهما، وهو خلاف صريح للنص.

- 
- (١) التمهيد (٦/١٩٧-١٩٨)، المحلى (١١/٤٢٢-٤٢٣).
- (٢) صحيح البخاري، كتاب الطلاق-باب اللعان ومن طلق بعد اللعان (٧/٦٩-٧٠)، صحيح مسلم، كتاب اللعان (٢/١١٣٠)، السنن الكبرى للبيهقي، كتاب اللعان-باب سنة اللعان (٧/٣٩٨-٣٩٩).
- (٣) الأبي (٤/١٤٣).
- (٤) السنن الكبرى، كتاب اللعان-باب سنة اللعان (٧/٤٠٠-٤٠١)، وأخرجه أبو داود، كتاب الطلاق-باب في اللعان (٢/٦٨٣).
- (٥) تلخيص الحبير (٣/٢٢٧)، نصب الراية (٣/٢٥٠-٢٥١).
- (٦) فتح الباري (٩/٤٥٩)، المغني (٩/٣٤)، الزرقاني (٣/١٨٩).

ومما يدل على تأييد الفرقة باللعان، نفي ابن عباس أن تستحق الملاعنة القوت والسكنى، كما جاء في قصة هلال بن أمية ولعانه، قال ابن عباس: «وقضى رسول الله ﷺ أن ليس عليه قوت ولا سكنى من أجل أنهما يفترقان بغير طلاق، ولا متوفى عنها»<sup>(١)</sup>، قال ابن حجر: «وهو ظاهر في أن الفرقة وقعت بنفس اللعان»<sup>(٢)</sup>.

ما يرد على الاستدلال بالأحاديث السابقة والجواب عنها:

أورد المخالف على الاستدلال بالأحاديث السابقة ما يلي:

أولاً: إدراج لفظ «فكان فراقهما سنة» في قصة عويمر، وهل هو من قول ابن شهاب، أو من قول سهل، وهذا لا يؤثر بشيء على الاستدلال بالحديث، لأن نسبه لابن شهاب لا تمنع من عزوه لسهل، يؤيد ذلك ما وقع في رواية لأبي داود عن سهل قال: «فطلقها ثلاث تطليقات عند رسول الله ﷺ، وكان ما صنع عند رسول الله ﷺ سنة» وقول سهل: «حضرت هذا عند رسول الله ﷺ، فمضت السنة بعد في المتلاعنين أن يفرق بينهما، ثم لا يجتمعان أبداً»<sup>(٣)</sup>.

---

(١) سنن أبي داود، كتاب الطلاق- باب اللعان (٢/ ٦٩٠)، السنن الكبرى، كتاب اللعان- باب الزوج يقذف امرأته (٧/ ٣٩٤، ٣٩٥، ٤٠٢)، نصب الراية (٣/ ٢٥٠).

(٢) فتح الباري (٩/ ٤٥٩).

(٣) سنن أبي داود، كتاب الطلاق- باب اللعان (٢/ ٦٨٣)، نيل الأوطار (٧/ ٦٥).

ثانياً: ومن حيث المعنى، قالوا عن حديث ابن عمر: إنه لا يدل على التأييد؛ لأن قوله ﷺ: «لا سبيل لك عليها» كان جواباً على طلب الزوج رد المهر كما في تمام الحديث (١).

وأجيب: بأن العبرة بعموم اللفظ، وهو نكرة في سياق النفي، فيشمل المال، والبدن، ويقتضي نفي تسليطه عليها بأي وجه من الوجوه (٢).

وقالوا عن حديث أن النبي ﷺ فرق بين المتلاعنين وقال: «لا يجتمعان أبداً»: إن قوله عليه الصلاة والسلام: «المتلاعنان لا يجتمعان أبداً» لا يدل على التأييد، ولا على وقوع الفرقة بمجرد التلاعن، لأن حقيقة لفظ التلاعن يعني حال تشاغلهمما باللعان كالمثقاتلين والمتضاربين، وبعد الفراغ لا يبقيان فاعلين حقيقة فلا يسميان متلاعنين (٣) على الحقيقة.

والجواب: أن معنى الحديث ظاهر، وهو نص في التأييد، وما ذكره من التأويل فيه تعسف وتكلف ممجوج، ورواية سهل بن سعد الساعدي رضي الله عنه: «مضت السنة في المتلاعنين أن يفرق بينهما ثم لا يجتمعان أبداً» (٤)، قاطعة لكل وهم أو تخيل (٥).

(١) نصب الراية (٣/٢٥٠)، المبسوط (٧/٤٣-٤٤).

(٢) فتح الباري (٩/٤٥٨-٤٥٩)، نيل الأوطار (٧/٦٢).

(٣) بدائع الصنائع (٥/٢١٥٧)، المبسوط (٧/٤٣-٤٤).

(٤) سنن أبي داود (٢/٦٨٣).

(٥) الزرقاني (٣/١٨٩)، تكملة المجموع (١٧/٤٥٠).



وأقوال الصحابة رضوان الله عليهم شاهدة ومؤكدة على أن التلاعن يفرق بين الزوجين أبداً، فقد روي عن عمر بن الخطاب، وعلي بن أبي طالب، وعبد الله بن مسعود: «أن السنة في المتلاعنين الفرقة التي لا اجتماع بعدها»<sup>(١)</sup>، وقد أجمع أهل المدينة واتصل عملهم بتحريم من لاعنها زوجها تحريماً مؤبداً، ووافقهم أكثر أهل العلم في مختلف الأمصار.

### وللجمهور من النظر الصحيح ما يلي:

١- مبنى الزوجية على المودة والرحمة، والمتلاعنان وقع بينهما من التقاطع، والتباغض، والتهاتر، وإبطال حدود الله، وإساءة كل واحد منهما إلى صاحبه بفضحه، وإيقافه موقف خزي وعار، فما بينهما من القبح لا يتصور، وهذا كله يفضي إلى نفرة لا تبقي بينهما مودة، وسخط لا يحصل معه رحمة، فاقتضت حكمة الشارع انحتام الفرقة بينهما، وإزالة الصحبة على الدوام<sup>(٢)</sup>.

٢- اللعان يقطع النسب باتفاق، فلزم أن يقطع الفراش من باب أولى، لأن النسب أقوى من الفراش<sup>(٣)</sup>.

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي (٧/٤١٠)، نصب الراية (٣/٢٥١)، القرطبي

(١٢/١٩٤).

(٢) التمهيد (٦/٢٠٠)، المغني (٩/٣٢-٣٣)، بداية المجتهد (٢/١٢١).

(٣) التمهيد (٦/١٩٥)، الإشراف (٢/١٦١).

٣- قال بعض المالكية : اللعان يدخل الشبهة واللبس في النسب ، فكان عقابه منع التراجع بين المتلاعنين كالناكح في العدة .

وتعقب بأن الأصول مستغنية عن الاحتجاج لها بمثل هذا ، والزاني قد افترش غير فراشه ، ولم يمنع من النكاح بعد الاستبراء ، ولأهل العلم في مسألة الناكح في العدة أقوال<sup>(١)</sup> .

٤- اللعان تحريم لا يرتفع بزواج وإصابة ، فكان مؤبدا كتحریم الرضاع<sup>(٢)</sup> .

٥- ولأنه تحريم لا يرتفع قبل الحد والتكذيب ، فلا يرتفع بعدهما<sup>(٣)</sup> .

وبالجملة فإن الأخبار الصحيحة الصريحة قد قضت بالتحريم المؤبد ، وكذلك أقوال الصحابة ، وإجماع أهل المدينة ، مع ما في تأييد الفرقة من مناسبة لحكم اللعان ، فإن الحكمة تقتضيه ، كل ذلك يحتم رجحان مذهب الجمهور القاضي بوجوب التفريق بين المتلاعنين على التأبيد ، فهو الحق الذي لا يجوز غيره<sup>(٤)</sup> .

---

(١) التمهيد (٦/ ٢٠١ - ٢٠٢) ، الأبي (٤/ ١٤٥) .

(٢) المنتقى (٤/ ٧٩) ، الأبي (٤/ ١٤٥) ، مطالب أولي النهى (٥/ ٤٥٣) .

(٣) المغني (٩/ ٣٤) ، مطالب أولي النهى (٥/ ٥٤٣) .

(٤) المرجعان السابقان .

مناقشة شبه المخالفين :

أولاً: مناقشة القول بأن اللعان لا ينقض العصمة ولا يوجب

التفريق :

احتج البتّي ومن وافقه بعدم وجود دليل في كتاب الله تعالى يوجب  
الفرقة بين المتلاعنين ، فأية اللعان لم تتضمن هذا<sup>(١)</sup>.

كما استدلوا بقول عويمر - بعد فراغه من التلاعن -: «كذبت عليها  
يا رسول الله إن أمسكتها ، فطلقها ثلاثاً قبل أن يأمره رسول الله  
ﷺ . . .»<sup>(٢)</sup> ، فهذا صريح في أن الزوج هو الذي طلق ابتداءً بحضرة  
النبي ﷺ ، ولم ينكر عليه ، ولا قال له : قلت هذا ولست في حاجة  
إليه ؛ لأنها قد حرمت عليك باللعان<sup>(٣)</sup> ، ثم إن المصعب بن الزبير قد  
لاعن بين زوجين ، ولم يفرق بينهما<sup>(٤)</sup> ، وأيضاً فإن اللعان إنما شرع  
لدرء حد القذف ، فلا يوجب تحريماً قياساً على البينة<sup>(٥)</sup>.

مناقشة هذا الاستدلال :

القول بعدم وجود الحكم في القرآن الكريم لا يقتضي نفي ثبوت

---

(١) الجامع لأحكام القرآن (١٢/١٩٤) ، بداية المجتهد (٢/١٢١).

(٢) تقدم تخريجه .

(٣) القرطبي (١٢/١٩٤) ، المغني (٩/٣٠) ، بداية المجتهد (٢/١٢١) ،

الزرقاني (٣/١٨٩).

(٤) صحيح مسلم (٢/١١٣٢).

(٥) بداية المجتهد (٢/١٢١).

الحكم، فمن المقطوع به جواز استقلال السنة بالتشريع، وقد صحت الأخبار المستفيضة الصريحة بتأبيد تحريم الملاعنة على الملاعن، وطلاق عويمر ثلاثاً بحضرة النبي ﷺ لا يفيد نفي التحريم باللعان، وقد أفادت الأحاديث الصحيحة الصريحة وجوب التفريق بين المتلاعنين، ومنع اجتماعهما أبداً، وإنما طلق عويمر لظنه أن اللعان لا يحرمها، فبادر إلى تطليقها لشدة نفرتة منها، ولو لم تكن الفرقة باللعان لصارت في حكم المطلقات، ولا أحد يقول إنها في حكمهن<sup>(١)</sup>، ولا حجة في قول المصعب بن الزبير، فإنه لا اعتداد بقول صاحب إذا خالف السنة فما بالك بمن دونه، ومع ذلك فقد قيل: إنه فرق بينهما<sup>(٢)</sup>.

#### والخلاصة:

أن هذه المقالة من شذوذ القول، فلا يعول عليها، ولا يلتفت إليها؛ بله أن يعد مقابلاً لقول الجمهور، قال ابن عبد البر: «هذا قول لم يتقدمه إليه أحد من الصحابة، على أن البتي قد استحب للملاعن أن يطلق بعد اللعان، ولم يستحبه قبل ذلك، فدل على أن اللعان عنده قد أحدث حكماً»<sup>(٣)</sup>.

---

(١) فتح الباري (٩/٤٥٩)، النووي على مسلم (١٠/١٢٢)، الزرقاني (٣/١٨٨-١٨٩)، نيل الأوطار (٧/٦٤-٦٥).

(٢) الأبي (٤/١٤٦).

(٣) التمهيد (٦/١٩٦).

ثانياً : مناقشة القول بأن الفرقة لا تتأبد بين المتلاعنين :

قولهم بجواز تجديد النكاح بين المتلاعنين ؛ لكونه طلاق زوجة مدخول بها بغير عوض ولم ينوبه التلث ، غير سديد ، لأن سبب الفرقة في اللعان مما يشترك الزوجان فيه ، والطلاق يختص به الزوج ، وما اشترك فيه الزوجان لا يكون طلاقاً ، ومثل هذا السبب متى كان موجباً للحرمة كانت مؤيدة كالحرمة بالرضاع ونحوه<sup>(١)</sup>.

وأكثر وجاهة من هذا القول ، ما روي عن أبي حنيفة ، وبعض أصحابه ، وذهب إليه بعض السلف ، وهو : أن الملاءنة إنما تحل لزوجها إذا أكذب نفسه ، ولم أجد لهذا القول من النقل شيئاً ، وله من النظر ما يلي :

١- إنما تبقى الحرمة بين المتلاعنين ما بقي اللعان ، وتجاوز المناكحة بينهما إذا زال حكم اللعان ، واللعان يزول حكماً إذا أكذب الملاءن نفسه ، وعندها يقام عليه الحد لإقراره على نفسه ، ومن ضرورة إقامة الحد عليه بطلان اللعان ، وإذا بطل سبب المنع ، حلت المناكحة لزوال المانع<sup>(٢)</sup>.

٢- إذا أكذب الملاءن نفسه لحق به الولد اتفاقاً ، فكذلك النكاح يعود حلالاً<sup>(٣)</sup>.

---

(١) المبسوط (٤٤ / ٧) ، نيل الأوطار (٦٧ / ٧) .

(٢) المبسوط (٤٤ / ٧) .

(٣) المبسوط (٤٤ / ٧) ، القرطبي (١٩٤ / ١٢) .

والجواب : إن مثل هذا الاستدلال لا تقوم به حجة لو سلمت من المعارض، فكيف وهي في مقابلة الأخبار المستفيضة الصحيحة الصريحة في محل النزاع، مع ما جاء من أقوال أئمة الصحابة رضوان الله عليهم، ولا مخالف لهم من الصحابة، وما ثبت من إجماع أهل المدينة، ودوام العمل به في سائر بلاد المسلمين.

ثم إن القول بزوال اللعان بعد أن يكذب نفسه غير مسلم، فما وقع لا يزول، والمناسبة التي من أجلها أوجب الشارع الفرقة بين المتلاعنين تكون في حالة إكذاب نفسه أشد مما لو صدق، كما أن قياس حل النكاح بعد إكذاب نفسه على لحوق الولد به، قياس مع الفارق، فإن نفي الولد لم يقلل أحد بتأييده، ولم يرد في ذلك نص يفيد التأييد، وإنما وردت النصوص بتأييد الفراق<sup>(١)</sup>.

وبهذا يتبين بجلاء ظهور مذهب الجمهور القائل بتحريم النكاح بين المتلاعنين أبداً، لقوة أدلته وكثرتها وشهرتها وصراحتها، وعدم وجود ما يعارضها من الأخبار لا مرفوعاً، ولا موقوفاً على صاحب، وكل ما توهموه من الشبهات قد فندها أهل العلم، أو تمّ توجيهها بما لا يعارض المذهب الحق، وهذه المسألة مما لا يخفى الحق فيها، فإنها من المسائل التي حسم الخلاف فيها عملياً لصالح مذهب الجمهور، وبقيت الأقوال المخالفة له مهجورة لا يعول عليها، ولا يلتفت إليها.

---

(١) المقدمات (٢/٤٩٨).

## الفضل الثاني

### مسائل أهل المدينة في العقود المالية

وفيه مباحث وهي :

المبحث الأول : خيار المجلس

المبحث الثاني : حكم استثناء البائع كياً معلوماً من ثمر الحائط المبيع .

المبحث الثالث : حكم الاستثناء من الطعام إذا بيع جزافاً .

المبحث الرابع : جنين الحيوان للمشتري ولو لم يشترطه .

المبحث الخامس : حكم بيع الطعام على التصديق في كيله .

المبحث السادس : عدم جواز بيع الطعام قبل قبضه .

المبحث السابع : عدم جواز بيع الفاكهة قبل قبضها .

المبحث الثامن : لا يباع طعام بطعام إلا يداً بيد .

المبحث التاسع : حكم بيع الحيوان بالحيوان مناجزة مع زيادة دراهم .

المبحث العاشر : ذوات الأربع من الأنعام والوحش صنف واحد .

المبحث الحادي عشر : ما لا يحسب من الثمن في بيع المرابحة .

المبحث الثاني عشر : عدم جواز بيع العروض المسلم فيها إلى المسلم

إليه قبل القبض بأكثر من رأس مال السلم .

المبحث الثالث عشر : حكم ضَعّ وتعجّل .

المبحث الرابع عشر : استقراض الحيوان .

المبحث الخامس عشر : إذا أفلس الحر لا يؤاجر .

المبحث السادس عشر : ضمان الرهن .

المبحث السابع عشر : براءة المحيل من دين المحال .

المبحث الثامن عشر : لا شفعة إلا للشريك .

المبحث التاسع عشر : لا يجوز لعامل القراض أن يتبرّع من مال القراض .

المبحث العشرون : قيام ورثة عامل القراض مقامه بعد موته .

المبحث الحادي والعشرون : مساقاة الشجر ومعه أرض بيضاء .

المبحث الثاني والعشرون : رجوع العمرى إلى الذي أعرها .

المبحث الثالث والعشرون : لا رجوع للأب فيما أعطى ولده على وجه الصدقة .

المبحث الرابع والعشرون : رجوع الوالد فيما وهب ولده على غير وجه الصدقة .

المبحث الخامس والعشرون : لزوم رد قيمة الموهوب للثواب إذا تغيّر عند الموهوب له .



## المبحث الأول

### خيار المجلس

خيار المجلس مركب إضافي، والخيار في اللغة: تفويض الانتقاء والاصطفاء، وطلب خير الأمرين<sup>(١)</sup>.

ومعنى المجلس لغة: موضع الجلوس<sup>(٢)</sup> وإضافة المجلس إلى الخيار يكون المعنى الإجمالي: تفويض الانتقاء في موضع الجلوس.

والمراد بخيار المجلس في اصطلاح الفقهاء: تفويض كل واحد من المتبايعين في طلب أحب الأمرين إليه من الفسخ والإمضاء، ما داما في مكان التبائع ولم يتفرقا<sup>(٣)</sup>.

وفي ثبوت خيار المجلس للمتبايعين خلاف بين أهل العلم أثبتته أكثرهم، ونفاه بعضهم، ومن نفى ثبوته الإمام مالك رحمه الله اعتماداً على عمل أهل المدينة.

#### توثيق المسألة:

أورد الإمام مالك حديث ابن عمر الدال على خيار المجلس، ثم

---

(١) لسان العرب (٤/٢٦٦-٢٦٧)، تاج العروس (٣/١٩٤-١٩٥).

(٢) لسان العرب (٦/٣٩-٤٠)، تاج العروس (٤/١٢١-١٢٢).

(٣) المجموع (٩/١٧٤-١٧٥)، مغني المحتاج (٢/٤٣)، حاشية الروض

(٤/٤١٣-٤١٤)، نيل الأوطار (٥/٢٩٠).

أتبعه بقوله: «وليس لهذا عندنا حد معروف؛ ولا أمر معمول به فيه»<sup>(١)</sup>، وفي المدونة مثله<sup>(٢)</sup>.

وصرّح أشهب بإجماع أهل العلم من أهل الحجاز على نفي خيار المجلس فقال: «الذي اجتمع عليه أهل العلم من أهل الحجاز أن البيعين إذا أوجبا البيع بينهما فقد لزم، ولا خيار لواحد منهما إلا أن يكون أحدهما اشترط الخيار فيكون ذلك لمشترط الخيار على صاحبه، وليس العمل على الحديث الذي جاء البيعان بالخيار ما لم يتفرقا»<sup>(٣)</sup>.

وعلل ابن رشد عدم أخذ مالك بحديث ابن عمر بقوله: «لم يأخذ به مالك رحمه الله، ولا رأى العمل عليه بسبب استمرار العمل بالمدينة علي خلافه، وما استمر عليه العمل بالمدينة واتصل به فهو عنده مقدم على أخبار الأحاد العدول؛ لأن المدينة دار النبي ﷺ، وبها توفي ﷺ وأصحابه متوافرون، فيستحيل أن يتصل العمل منهم في شيء على خلاف ما روي عن النبي ﷺ إلا وقد علموا النسخ فيه»<sup>(٤)</sup>.

---

(١) الموطأ (ص ٤٦٦).

(٢) المدونة (٤/١٨٨).

(٣) المرجع السابق.

(٤) المقدمات (٢/٥٦٥).

وفي إكمال إكمال المعلم: «وقيل: إنما ترك الأخذ به لمخالفته العمل على أصله في تقديم العمل على الخبر الصحيح؛ لأن أهل العمل لا يهتمون»<sup>(١)</sup>.

وقال القاضي عياض: «عمل معظم السلف، وعمل أهل المدينة أعظم متمسك في نفي خيار المجلس»<sup>(٢)</sup>.

ولم يتفق المالكية على نفي خيار المجلس، فهذا ابن حبيب يذهب إلى إثباته<sup>(٣)</sup>، كما نازع بعضهم في صحة إجماع أهل المدينة على نفي خيار المجلس، فقال أبو عمر: «لا يصح لأحد أن يدعي إجماع أهل المدينة على نفي خيار المجلس، ونقل عن بعض المالكية عدم صحة هذه الدعوى؛ لأن سعيد بن المسيب، وابن شهاب - وهما أجل فقهاء المدينة في زمانهما - روي عنهما منصوصاً العمل بحديث خيار المجلس، ولم يرو عن أحد من أهل المدينة نصاً ترك العمل به إلا مالك، وربيعه، وقد اختلف فيه عن ربيعة، وهذا ابن أبي ذئب وهو من أقران مالك ومعاصريه، كان ينكر على مالك تركه العمل بحديث خيار المجلس، وقد أغلظ عليه القول حين بلغه ذلك»<sup>(٤)</sup>.

وفي الفتح قال ابن العربي: «لم يترك مالك العمل بالحديث؛

---

(١)، (٢) الأبي (٤/١٩٤-١٩٥).

(٣) المبتقى (٥/٥٥).

(٤) التمهيد (١٤/٨-٩).

لكون عمل أهل المدينة على خلافه، وإنما تركه لأن وقت التفرق غير معلوم»<sup>(١)</sup>.

وفي إكمال الإكمال: «إن أريد بالعمل عمل أهل المدينة السابقين فإن ابن عمر رأس بقيتهم، وهو يقول بخيار المجلس، وإن أريد عمل اللاحقين فباطل»<sup>(٢)</sup>.

وقد نسب محمد بن الحسن القول بخيار المجلس إلى أهل المدينة بإطلاق<sup>(٣)</sup>. وأما قول مالك: «ليس لهذا عندنا حد معروف، ولا أمر معمول به»، فقد حمّله المنكرون لثبوت عمل أهل المدينة بنفي خيار المجلس على خيار الشرط؛ لأن قوله هذا جاء بإثر ذكر خيار الشرط كما في آخر الحديث، وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «إلا بيع الخيار»، وتوجيه قول مالك السابق أنه أنكر على من قال - من أهل العراق وغيرهم - بأن الخيار لا يكون في جميع السلع إلا ثلاثة أيام، والخيار عند أهل المدينة يكون ثلاثاً وأكثر وأقل على حسب اختلاف المبيع، فلا يتساوى عنده الخيار في الحيوان مع الخيار في الثياب، أو العقار، أو الفواكه والخضار، فليس لشيء من ذلك حد لا يتجاوز كما زعم المخالف، وإنما تكون مدة الخيار بما يكفي للتروي،

---

(١) فتح الباري (٤/ ٣٣٠).

(٢) الأبي (٤/ ١٩٥).

(٣) الحجة على أهل المدينة (٢/ ٦٨٠).

والكفاية تختلف من شيء لآخر، وخلص ابن عبد البر إلى أن المراد من قول مالك: «ليس لهذا عندنا حد معروف ولا أمر معمول به»، أنه ليس للخيار واشتراطه عندنا حد لا يتجاوز في العمل به، وليس في التوقيت سنة كما زعم من خالفنا»<sup>(١)</sup>.

ولم يسلم الزرقاني بما قاله ابن عبد البر، وأكد بأن ترك العمل بخيار المجلس نقل عن معظم السلف، وأكثر أهل المدينة، وفقهائها السبعة إلا ابن المسيب، وقد اختلف عنه فيه<sup>(٢)</sup>.

والخلاصة مما تقدم أن قول مالك السابق ليس صريحاً في الدلالة على إجماع أهل المدينة أو عملهم المتصل، وقد حمّله أكثر المالكية على إرادة إجماع أهل المدينة وعملهم، وأنكر ذلك بعضهم، وهذا الإنكار من شأنه أن يضعف الاعتماد عليه؛ لأن عمل أهل المدينة مختلف فيه أصلاً، فكيف إذا أضيف إلى ذلك الاختلاف في ثبوته.

مذهب غير المالكية في خيار المجلس:

وافق الإمام مالكاً في نفي خيار المجلس أبو حنيفة، وأبو يوسف، ومحمد وأصحابهم، وهو قول إبراهيم النخعي، وربيعة، وسفيان الثوري في رواية، ورواية مرجوحة عن شريح<sup>(٣)</sup>.

---

(١) التمهيد (٨/١٤، ٩، ١٠).

(٢) الزرقاني في شرح الموطأ (٣/٣٢١-٣٢٢).

(٣) الحجة على أهل المدينة (٢/٦٨٠)، المحلى (٩/٣٠١-٣٠٢)، عمدة =

وذهب الجمهور الأعظم من السلف والخلف إلى إثبات خيار المجلس، ومن روي عنهم ذلك من الصحابة: عمر، وابن عمر، وعلي، وابن عباس، وأبو هريرة، وأبو برزة الأسلمي رضي الله عنهم<sup>(١)</sup>، وبه قال أكثر التابعين فمن بعدهم، ومنهم سعيد بن المسيب، وعطاء، وطاوس، والزهري، والحسن البصري، وابن أبي مليكة<sup>(٢)</sup>، وابن جريج، والشعبي، ومعمار، وشريح في أشهر الروايات عنه ومسلم بن خالد الزنجي، وابن القطان، وسفيان الثوري في رواية، وعبد الله بن المبارك، وابن أبي ذئب<sup>(٣)</sup>، وأبو عبيد، وأبو

---

= القارئ (١١/٢٢٧-٢٢٨)، المجموع (٩/١٨٤)، بدائع الصنائع (٦/٢٩٨٥)،  
البنية (٦/٢٠٥).

(١) السنن الكبرى (٨/٢٧)، مصنف عبد الرزاق (٨/٥١)، مصنف ابن أبي شيبة (٧/٨٣)، التمهيد (١٤/١٤-١٥)، المحلى (٩/٣٠١-٣٠٢)، فتح الباري (٤/٣٣٠)، المغني (٤/٦).

(٢) هو أبو محمد عبد الله بن عبيد الله بن أبي مليكة، الإمام الحافظ الحجة القاضي، حدث عن عائشة وأسماء وابن عمر وغيرهم رضي الله عنهم، وعنه عطاء وعمرو بن دينار وحמיד وعدة، ثقة فقيه، ولد في خلافة علي- رضي الله عنه- أو قبلها، ومات سنة سبع عشرة ومائة. طبقات ابن سعد (٧/٤٦١)، السير (٥/٨٨-٩٠)، البداية والنهاية (٩/٣٤٨)، التقريب (١/٤٣١).

(٣) هو أبو الحارث محمد بن عبد الرحمن بن المغيرة بن الحارث بن أبي ذئب القرشي المدني، سمع عكرمة وشرحبيل بن سعد وشعبة وغيرهم، حدث عنه ابن المبارك ويحيى القطان ووکیع وجماعة، ثقة فاضل، ولد سنة ثمانين، وتوفي سنة =

ثور، والليث بن سعد، وسفيان بن عيينة، وسوار القاضي<sup>(١)</sup>،  
والباقر، والصادق، وزين العابدين<sup>(٢)</sup>، وأحمد بن عيسى<sup>(٣)</sup>،  
والناصر، والإمام يحيى، وإسحاق بن راهويه، وعبد الله بن الحسن  
العنبري قاضي البصرة، وهو مذهب الإمام الشافعي وأصحابه،  
والإمام أحمد وأصحابه، وداود بن علي وأصحابه، والطبري، وابن  
حزم، وابن حبيب من أصحاب مالك، ورجح ابن عبد البر مذهب

---

= تسع وخمسين ومائة. تاريخ بغداد (٢/٢٥٦-٣٠٥)، السير (٧/١٣٩-  
١٤٨)، التقريب (٢/١٨٤)، الشذرات (١/٢٤٥).

(٢) هو أبو عبد الله سوار بن عبد الله بن قدامة التيمي العنبري القاضي، سمع  
من بكر المزني والحسن البصري وسيار بن سلامة، وعنه ابنه عبد الله وابن علي  
وبشر بن مفضل وغيرهم، صدوق محمود السيرة، مات سنة (١٥٦هـ). الثقات  
(٦/٤٢٣)، التهذيب (٤/٢٦٩)، التقريب (١/٣٣٩).

(٣) هو أبو الحسين علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب السيد الإمام زين  
العابدين، حدث عن أبيه وصفية وأبي هريرة وغيرهم-رضي الله عنهم-وعنه  
أولاده والزهري وعدة، ثقة ثبت عابد فقيه فاضل مشهور، ولد سنة ثمان وثلاثين  
ظناً، وتوفي سنة (٩٣هـ)، وقيل غير ذلك. طبقات ابن سعد (٥/٢١١)، السير  
(٤/٣٨٦-٤٠٠)، التقريب (٢/٣٥).

(٤) هو أبو عبد الله أحمد بن عيسى بن زيد بن علي الحسيني، قال الذهبي:  
«شيخ بني هاشم وكبيرهم»، وهو من زعماء الزيدية في العصر العباسي، ولد  
سنة (١٥٨هـ)، وتوفي مستتراً من الرشيد سنة (٢٤٨هـ). السير (١٢/٧٢)،  
الأعلام (١/١٨٢).

الجمهور وكلهم قال : «إذا عقد المتبايعان بيعهما فلهما جميعاً بالخيار في إتمامه وفسخه ما دام في مجلسهما ولم يتفرقا بأبدانهما»<sup>(١)</sup>.

واستثنى الأوزاعي بيوعاً ثلاثة فليس فيها خيار المجلس عنده، وهي: بيع السلطان، والمغانم، والشركة في الميراث، والشركة في التجارة حين يتقاوم الورثة والشركاء حصصهم<sup>(٢)</sup>.

وفيما يلي عرض أدلة الجمهور، ثم نتبعها بمناقشة أدلة المالكية ومن وافقهم.

### أدلة الجمهور على ثبوت خيار المجلس :

استدل الجمهور بالخبر المرفوع، وأقوال الصحابة، وصحيح النظر.

فمن السنة احتجاجوا بما يلي :

عن ابن عمر رضي الله عنهما، عن النبي ﷺ قال : «المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا، إلا بيع الخيار»<sup>(٣)</sup>، وفي

---

(١) البخاري (٨٣/٣)، التمهيد (١٤/١٤-١٥)، المحلى (٣٠١-٣٠٢/٩)، فتح الباري (٣٣٠/٤)، عمدة القارئ (٥-٤/٣)، المجموع (١٨٤/٩)، المغني (٦/٤)، البناية (٢٠٥/٦)، الإنصاف (٣٦٤/٤)، نيل الأوطار (٢٩٠/٥)- (٢٩١).

(٢) التمهيد (١٥/١٤)، المحلى (٣٠١-٣٠٢/٩).

(٣) صحيح البخاري، كتاب البيوع-باب البيعان بالخيار (٨٤/٣)، صحيح مسلم، كتاب البيوع-باب ثبوت خيار المجلس (١١٦٣/٣).



رواية ثانية عنه عن النبي ﷺ قال: «إذا تباع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا وكانا جميعا أو يخير أحدهما الآخر، فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع، وإن تفرقا بعد أن يتبايعا، ولم يترك واحد منهما البيع، فقد وجب البيع»<sup>(١)</sup>، وفي رواية ثالثة عنه أيضاً أن النبي ﷺ قال: «كل بيعين لا بيع بينهما حتى يتفرقا، إلا بيع الخيار»<sup>(٢)</sup>، وجميع هذه الروايات متفق عليها بلفظها، وروي الحديث أيضاً عن حكيم بن حزام، وجد عمرو بن شعيب، وسمرة، وأبي برزة باللفاظ متقاربة، ورواه أيضاً عبد الله بن عباس، وجابر، وعبد الله بن عمرو ابن العاص رضي الله عنهم جميعاً<sup>(٣)</sup>، وهذا الحديث من أشهر وأصح وأقوى ما ثبت عن النبي ﷺ، قال ابن أبي ذئب: «هو حديث موطوء بالمدينة» يعني مشهور<sup>(٤)</sup>، وقال ابن المبارك: «هو أثبت من هذه الأساطين»<sup>(٥)</sup>، وقال الشافعي: «فما علمنا أن رسول الله ﷺ

---

(١) البخاري- باب إذا خير أحدهما صاحبه (٨٤/٣)، ومسلم نفس الباب السابق.

(٢) البخاري- باب إذا كان البائع بالخيار (٨٤/٣)، ومسلم الباب السابق.

(٣) الأم (٧-٦/٣)، سنن الترمذي بيوع (٤/٢٤٤، ٢٤٥، ٢٤٦)، سنن

البيهقي، بيوع (٥/٢٦٨-٢٧٢)، نصب الراية (٤/١-٣)، تلخيص الحبير

(٣/٢٠)، المحلى (٩/٢٩٦-٢٩٨).

(٤) المحلى (٩/٢٩٩-٣٠١).

(٥) تلخيص الحبير (٣/٢٠).

سن سنة في البيوع أثبت من حديث خيار المجلس؛ فإن ابن عمر، وأبا برزة، وحكيم بن حزام، وعبد الله بن عمرو بن العاص يروونه، ولم يعارضهم أحد بحرف يخالفه عن رسول الله ﷺ»<sup>(١)</sup>، وقال ابن عبد البر: «أجمع العلماء على ثبوت هذا الحديث، وأنه أثبت ما نقل الأحاد العدول»<sup>(٢)</sup>، وقال ابن حزم: «وأسانيد هذا الحديث متواترة، متظاهرة، منتشرة توجب العلم الضروري»<sup>(٣)</sup>. والحديث أصل من أصول الدين في البيوع، وهو صريح في إثبات مشروعية خيار المجلس، فإن النبي ﷺ مد الخيار إلى التفرق، وهذا تصريح بثبوته بعد تمام العقد، وبه يرتفع كل إشكال، ويتبين كل إجمال، ويبطل كل تأويل<sup>(٤)</sup>.

ما أورده المالكية والحنفية على الاستدلال بحديث خيار

المجلس:

أورد المخالفون إیرادات كثيرة يتصل معظمها بمعنى الحديث، ومن هذه الإیرادات ما يلي:

١- قالوا: إن حديث ابن عمر لا يراد به التفرق بالأبدان كما

---

(١) الأم (٦/٣).

(٢) التمهيد (٨/١٤).

(٣) المحلى (٩/٢٩٦-٢٩٨).

(٤) التمهيد (٨/١٤).

زعموه، وإنما يحمل على التفرق بالأقوال والكلام، وذلك عند كمال البيع بإتمام الإيجاب والقبول، واستبداد المتبائع بما ابتاعه، والبائع بما حاز من الثمن، وإنما يكون الخيار للمتبايعين قبل تطابق الإيجاب والقبول، وهو حينئذ خيار القبول بعد الإيجاب، فللبائع أن يثبت على ما قال أو يرجع عنه، وللمشتري خيار القبول أو الرد، فإذا تراضيا وانعقدت الصفقة وتطابق الإيجاب والقبول لزم البيع، وسقط خيار المجلس، تفرق المتبايعان بعد ذلك ببدنيهما أو لم يتفرقا.

والمراد بالمتبايعين في الحديث المتساومين، لصدق التبائع عليهما حقيقة؛ لأنهما يباشران البيع ويحاولانه، ويتشاغلان به، وكذلك سمى النبي ﷺ السَّومَ بيعاً فقال: «لا يبيع بعضكم على بيع بعض»<sup>(١)</sup> يريد - والله أعلم - لا يسم على سومه، وبعد الفراغ من البيع لا يسميان متبايعين، لأن حمل المتبايعين على من تقدم منه البيع مجاز، كتسمية الخبز قمحاً، والإنسان نطفة، ولا يقال: إن حمل المتبايعين على المتساومين مجاز أيضاً؛ لأن المجاز هنا راجح لاعتضاده بالقياس

---

(١) رواه البخاري بلفظه ونحوه عن أبي هريرة، كتاب البيوع - باب لا يبيع على بيع أخيه ولا يسوم على سوم أخيه (٣/ ٩٠-٩١)، ورواه مسلم بلفظه وينحوه عن أبي هريرة بألفاظ مختلفة في كتاب البيوع - باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه... (٣/ ١١٥٥).

والقواعد، ولو سلمنا عدم الترجيح فليس أحد المجازين بأولى من الآخر، فيكون الحديث مجملاً فيسقط الاستدلال به، على أن ما قلناه من باب الحقيقة الشرعية، وهي بمنزلة الحقيقة اللغوية، ثم إن إسناد التفرق والتفريق لغير الأعيان كالانحياز إلى المعاني، والتباين فيها أمر سائح وشائع، فصار بسبب فشو الاستعمال بمنزلة الحقيقة، فقد وردَ لفظ التفرق في الكتاب والسنة وأريد به التفرق بغير الأبدان كما في قوله تعالى: ﴿وَمَا تَفَرَّقَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ إِلَّا مِنْ بَعْدِ مَا جَاءَتْهُمْ الْبَيِّنَةُ﴾<sup>(١)</sup>، وقوله عز وجل ﴿... لَا نُفَرِّقُ بَيْنَ أَحَدٍ مِنْ رُسُلِهِ ...﴾<sup>(٢)</sup>، وقوله تعالى أيضاً: ﴿وَلَا تَكُونُوا كَالَّذِينَ تَفَرَّقُوا وَاخْتَلَفُوا مِنْ بَعْدِ مَا جَاءَهُمُ الْبَيِّنَاتُ ...﴾<sup>(٣)</sup>، وقوله عليه الصلاة والسلام: «ستفترق أمتي على ثلاث وسبعين فرقة»<sup>(٤)</sup>، والمراد من كل ذلك - والله أعلم - التفرق في الأديان والاعتقاد، ومباينة بعضهم

(١) سورة البينة (١٤).

(٢) سورة البقرة (٢٨٥).

(٣) سورة آل عمران (١٠٥).

(٤) رواه أبو داود، أول كتاب السنة - باب شرح السنة (٥/٤-٥)، ورواه الترمذي في الإيمان - باب افتراق هذه الأمة (٧/٢٩٦-٢٩٨)، وقال: «حديث حسن صحيح»، ورواه أيضاً من طريق عبد الله بن عمرو وقال: «حديث غريب مفسر لا نعرف مثل هذا إلا من هذا الوجه» (٧/٢٩٨)، ورواه ابن ماجه في الفتن - باب افتراق الأم (٢/٣٧٧)، ورواه أحمد في المسند (٣/١٢٠، ١٤٥)، وقال =

لبعض فيها<sup>(١)</sup>.

٢- لو سلمنا أن الفرقة المنصوصة في الحديث فرقة أبدان، فإن الخيار عندئذ يتقيد بالقبول في المجلس، بمعنى أن كل واحد من المتبايعين بالخيار ما لم يفارق صاحبه ببدنه فللبائع خيار النكول عن الإيجاب، وللمشتري خيار القبول، فإن انقضى المجلس واfter ما بيدنيهما لم يبق إيجاب ولا حق في القبول، قالوا: وهذا المعنى أولى ما حمل عليه هذا الحديث؛ لأن الفرقة التي اتفق على أنها بالأبدان فرقة المتصارفين قبل التقابض، وبها يقع فساد العقد المتقدم، ولا يجب بها صلاحه، فإذا جعلنا فرقة المتبايعين على ما ذكرنا، فسد بها ما كان تقدم من إيجاب، وانتفى بها حق القبول، وكان لها أصل فيما اتفق عليه، على عكس قول المخالف؛ فإن البيع يتم بها عنده،

---

= عبد القاهر البغدادي: «للحديث أسانيد كثيرة، فقد رواه جماعة من الصحابة كأنس، وأبي هريرة، وأبي الدرداء، وأبي سعيد الخدري، وأبي بن كعب، وعبد الله بن عمرو بن العاص، وأبي أمامة، ووائل بن الأسقع وغيرهم، وقد اختلف العلماء في صحة هذا الحديث، فضعفه بعضهم ومنهم ابن حزم؛ لأنه ما من إسناد روي به إلا وفيه ضعيف، واكتفى الأكثر بتعدد طرقه وكثرة من رواه من الصحابة». من كتاب الفرق بين الفرق مع حاشية المحقق (ص ٧، ٨، ٩).

(١) التمهيد (١٤/١٣)، المنتقى (٥/٥٥)، المقدمات (٢/٥٦٧)، الزرقاني (٣/٣٢١-٣٢٢)، شرح فتح القدير (٥/٨١-٨٢)، بدائع الصنائع (٦/٢٩٨٥)، البناية (٦/٢٠٧-٢١٠).

ولا أصل لهذا فيما اتفق عليه .

وفوق ذلك فإن حمل لفظ المتبايعين على المتساومين أقرب إلى الحقيقة من حمله على المتبايعين بعد الفراغ من البيع ، وذلك لوجوه : أولها : قرب التساوم من البيع ، وتسمية القريب بما يليه معروف ومستساغ ، ومنه تسمية إسماعيل ذبيحاً ، ولم يقع الذبح .

ثانيها : ورود الحديث<sup>(١)</sup> بتسمية السوم بيعاً .

ثالثها : حصول الفائدة ببيان تعذر القبول بعد التفرق بالأبدان ، وبهذا التوجيه للحديث قال أبو يوسف ، وعيسى بن أبان<sup>(٢)</sup> وحكاه ابن خويز منداد عن مالك ، وذكره الطحاوي ، وابن رشد<sup>(٣)</sup> .

٣- إنما ترك الأخذ بحديث خيار المجلس للزيادة التي في آخر الحديث الذي أخرجه أبو داود ، والترمذي ، والنسائي بلفظ «البيعان

---

(١) تقدم تخريجه .

(٢) هو أبو موسى عيسى بن أبان بن صدقة الإمام الكبير ، لازم محمد بن الحسن ، وروى عنه الحسن بن سلام السواق ، له تصانيف وذكاء مفرد ، وفيه سخاء وجود زائد قاله الذهبي ، كانت وفاته سنة إحدى وعشرين ومائتين . تاريخ بغداد (١١/ ١٥٧ - ١٦٠) ، السير (١٠/ ٤٤٠) ، الجواهر المضية (٢/ ٦٧٨) .

(٣) التمهيد (١٤/ ١٣) ، المقدمات (٢/ ٥٦٧ - ٥٦٨) ، فتح الباري (٤/ ٣٣٠ - ٣٣١) ، اللباب (٢/ ٤٨٤ - ٤٨٥) ، البناية (٦/ ٢١١) ، أوجز المسالك (١١/ ٣١٨) .

بالخيار ما لم يتفرقا، إلا بيع الخيار، فلا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقيله»<sup>(١)</sup>، فهذه الزيادة تدل على أن البيع قد تم بينهما قبل الافتراق؛ لأن صاحبه لا يملك الفسخ إلا من جهة الاستقالة، والإقالة لا تصح إلا فيما تم من البيوع، فسقط بها خيار المجلس، ولا يجوز حمل الاستقالة على الفسخ لبعده ذلك عن مقتضى اللسان، فلا يكون تأويلهم هذا بأولى من تأويل غيرهم الخيار بالاستقالة<sup>(٢)</sup>.

٤- يحمل الحديث على النذب في قبول الاستقالة بالفسخ تحسناً للمعاملة مع المسلم لا على الوجوب، فتكون الاستقالة بالفسخ في المجلس سنة، وبعد التفرق تفضلاً واستحباباً<sup>(٣)</sup>.

٥- الحديث من رواية مالك، وقد عمل بخلافه، وعمل الراوي بخلاف ما رواه دليل على وهي المروي عنده وضعفه<sup>(٤)</sup>.

---

(١) سنن أبي داود، كتاب البيوع والإجازات (٣/٧٣٦)، ورواه الترمذي في كتاب البيوع- باب ما جاء في البيعين بالخيار ما لم يتفرقا (٤/٢٤٦-٢٤٧)، وقال: «حديث حسن»، ورواه النسائي في البيوع- باب وجوب الخيار للمتبايعين قبل افتراقهما بأبدانهما (٧/٢٥١-٢٥٢).

(٢) التمهيد (١٤/١١-١٢)، فتح الباري (٤/٣٣١-٣٣٢)، الزرقاني (٣/٣٢١-٣٢٢)، الأبي (٤/١٩٤-١٩٥).

(٣) المراجع السابقة.

(٤) شرح فتح القدير (٥/٨١-٨٢)، الزرقاني (٣/٣٢١-٣٢٢)، البناية (٦/٢٠٩-٢١٠).

٦ - في الحديث إحالة على جهالة ليس لها وقت معلوم ولا غاية معروفة، فليس فيه لتفرقهما وانفصال أحدهما عن الآخر ضابط إلا أن يقوموا، أو يقوم أحدهما، فأشبهه بيوع الغرر، كالمنازمة<sup>(١)</sup>، والملازمة<sup>(٢)</sup>، وهذه البيوع مقطوع بفسادها في العقد، فلا يترك هذا الأصل المقطوع به بحديث لم يتحصل المراد منه مفهوماً، قال أبو حنيفة: «أرأيت إن كانا في سفينة، أو سجن، أو قيد، كيف يفترقان إذن لا يصح بين هؤلاء بيع أبداً»<sup>(٣)</sup>.

٧ - قال بعضهم: «دلت اللغة على أن الافتراق يكون بالكلام، والتفرق بالأبدان، واللفظ الأول هو المنصوص في الحديث، وبه يعلم أن المراد التفرق بالأقوال»<sup>(٤)</sup>.

٨ - يمتنع العمل بظاهر الحديث؛ لأن اتفاق المتبايعين على الفسخ أو الإمضاء يمنع ثبوت الخيار لأي منهما، واختلافهما يفضي إلى

---

(١) المنازمة: من بيوع الجاهلية، وصورته أن ينبذ كل واحد من المتبايعين إلى صاحبه الثوب من غير أن يعين أن هذا بهذا، ويجعلون ذلك راجعاً إلى الاتفاق. بداية المجتهد (٢/١٤٨).

(٢) وصورة بيع الملازمة في الجاهلية أن يلمس الرجل الثوب ولا ينشره، أو يتناعه ليلاً ولا يعلم ما فيه، بداية المجتهد (٢/١٤٨).

(٣) التمهيد (١٤/١٣)، اللباب (٢/٤٥٨-٤٨٦)، فتح الباري (٤/٣٣٠-٣٣١)، الزرقاني (٣/٣٢١-٣٢٢)، البناية (٦/٢٠٨-٢١٠).  
(٤) الزرقاني (٣/٣٢٠)، نيل الأوطار (٥/٢٩٠).



المحال ؛ لأن الجمع بين الفسخ والإمضاء جمع بين النقيضين، وهو مستحيل<sup>(١)</sup>.

٩- الحديث معارض بنصوص من القرآن الكريم تفيد خلاف ما يفهم من ظاهره، ومنها قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾<sup>(٢)</sup>، وهذا أمر يوجب الوفاء بعقد البيع بظاهر الآية، وفي إثبات الخيار نفي لزوم الوفاء به<sup>(٣)</sup>.

ومنها أيضاً قوله جل شأنه: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ...﴾<sup>(٤)</sup>، وفيها وصف الله تعالى التجارة التي يباح بها الأكل وتنتقل بها الأملاك بالتراضي وحسب، دون التفرق بالأبدان، والبيع تجارة، فدللت الآية على نفي خيار المجلس؛ لأن الأملاك المبيعة تنتقل بتمام اللفظ؛ إذ البيع يتراضى عليه المتبايعان<sup>(٥)</sup>، ومنها قوله جل وعلا: ﴿... وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ...﴾<sup>(٦)</sup>، ووجه الدلالة من الآية: أن

---

(١) فتح الباري (٤/ ٣٣١).

(٢) سورة المائدة (١).

(٣) الباب (٢/ ٤٨٣)، الزرقاني (٣/ ٣٢١-٣٢٢)، البناية (٦/ ٢٠٦-٢٠٧).

(٤) سورة النساء (٢٩).

(٥) المقدمات (٢/ ٥٦٦)، الباب (٢/ ٤٨٣).

(٦) سورة البقرة (٢٨٢).

الله تعالى ندب إلى الإشهاد على العقد توثقة للمتبايعين ، وإثبات خيار المجلس لهما ينفي معنى التوثيق بالإشهاد ، ولما كان في إثبات الخيار إبطال معنى الآية ، كان القول بإيجاب الخيار ساقطاً ، وحكم الآية ثابتاً<sup>(١)</sup> .

وهذه النصوص من الكتاب تقتضي نسخ حديث «البيعان بالخيار» ، أو أن ظاهره غير مراد ، والمراد منه حقيقة موافق لما دلت عليه الآيات السابقة .

١٠- كما عورض حديث ابن عمر بنصوص من السنة تدل على نفي خيار المجلس ، وبها يثبت نسخ حديث خيار المجلس . ومنها : ما رواه ابن مسعود رضي الله عنه ، أن رسول الله ﷺ قال : «أيما بيعين تباعا فالقول ما قال البائع ، أو يترادان»<sup>(٢)</sup> ، وهذا الاختلاف المذكور في الحديث إنما يكون قبل التفرق أو بعده ، والرد لا يكون إلا بعد تمام

---

(١) فتح الباري (٤/ ٣٣٠) ، الباب (٢/ ٤٨٣) ، البناية (٦/ ٦٠٦) - (٦٠٧) .

(٢) الموطأ ، ييوع - باب الخيار (ص ٤٦٧) ، وينحوه عند أبي داود في كتاب البيوع - باب إذا اختلف البيعان والمبيع قائم (٣/ ٧٨٠ - ٧٨٣) ، وعند الترمذي في أبواب البيوع - باب ما جاء إذا اختلف البيعان (٤/ ٢٧٠ - ٢٧١) ، قال الترمذي : «وهذا حديث مرسل» ، ورواه النسائي في البيوع - باب اختلاف المتبايعين في الثمن (٧/ ٣٠٢ - ٣٠٣) ، وابن ماجه في التجارات - باب البيعان يختلفان (٢/ ١٣) .

البيع ، فدل على أن البيع يتم قبل التفرق وبعده ، فبطل أن يكون خيار المجلس ثابتاً<sup>(١)</sup> ، وفي رواية أخرى عن ابن مسعود ، أن النبي ﷺ أتى بمبتاعين مختلفين «فأمر البائع أن يستحلف ثم يختار المبتاع ، فإن شاء أخذ ، وإن شاء ترك»<sup>(٢)</sup> ، ولو كان الخيار بينهما ثابتاً ، لما كلف البائع اليمين ، ولكان الخيار كافياً في رفع العقد ، فلما احتيج إلى التحالف عند الاختلاف ، دل على لزوم العقد قبل وبعد التفرق<sup>(٣)</sup> .

ومنها قوله عليه الصلاة والسلام : «من ابتاع طعاماً ، فلا يبعه حتى يستوفيه»<sup>(٤)</sup> ؛ فدل على مطلق البيع قبل الافتراق وبعده من غير أن يقيده بالافتراق ، ومع ثبوت خيار المجلس لا يتم البيع قبل الافتراق<sup>(٥)</sup> .  
ومنها : حديث «المسلمون عند شروطهم»<sup>(٦)</sup> . . وشروطهما إمضاء

---

(١) المدونة (٤/١٨٨) ، المقدمات (٢/٥٦٦) ، الزرقاني (٣/٣٢٢) .

(٢) سنن النسائي ، كتاب البيوع - باب اختلاف المتبايعين في الثمن (٧/٣٠٣) ، المدونة (٤/١٨٨) ، تلخيص الحبير (٣/٣٠ ، ٣١ ، ٣٢) .

(٣) المدونة (٤/١٨٨) ، فتح الباري (٤/٣٣٠) ، الأبى (٤/١٩٥) ، نيل الأوطار (٥/٢٩١ - ٢٩٢) . .

(٤) صحيح البخاري ، كتاب البيوع - باب ما يذكر في بيع الطعام والحكرة والذي بعده (٣/٨٩ - ٩٠) وفي صحيح مسلم ، كتاب البيوع - باب بطلان بيع المبيع قبل القبض (٣/١١٥٩) .

(٥) التمهيد (١٤/١١) ، المقدمات (٢/٥٦٦) .

(٦) حديث المسلمون عند شروطهم . . أو «المسلمون على شروطهم» - كما =

البيع ولزومه، والخيار بعد لزوم العقد يفسد الشرط<sup>(١)</sup>. ومنها حديث ابن عمر رضي الله عنهما وفيه: «كنا مع النبي ﷺ في سفر، فكنت على بكرٍ صعب لعمر، فكان يغلبني فيتقدم أمام القوم، فيزجره عمر ويرده، ثم يتقدم فيزجره عمر ويرده، فقال رسول الله

---

= جاء في أكثر الروايات. أخرجه الترمذي في كتاب الأحكام. باب ما ذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلح (٥/ ٣٠-٣١)، وقال أبو عيسى رحمه الله: «هذا حديث حسن صحيح»، ورواه أبو داود في الأفضية. باب في الصلح (٤/ ١٩-٢٠)، ورواه الحاكم أيضاً في كتاب البيوع (٢/ ٤٩-٥٠)، قال الذهبي: «لم يصححه الحاكم وكثير ضعفه النسائي ومشاه غير». تلخيص المستدرک بحاشية المستدرک (٢/ ٤٩-٥٠)، كما أخرجه الدارقطني في سننه، كتاب البيوع (٣/ ٢٧)، قال ابن حجر: «هذا الحديث ضعيف وواه، وهو من طريق ابن أبي شيبه مرسل»، تلخيص الحبير (٣/ ٢٣)، وضعفه أيضاً ابن حزم، المحلى (٩/ ٣٠٨)، وأنكر كثير من أهل العلم على الترمذي تصحيح هذا الحديث مع اعتلال سنده بسبب كثير بن عبد الله بن عمرو الذي قال فيه الشافعي وأبو داود: «هو ركن من أركان الكذب»، وقال النسائي: «ليس بثقة»، وقال ابن حبان: «له عن أبيه عن جده نسخة موضوعة»، وتركه الإمام أحمد، واعتذر الحافظ ابن حجر للترمذي بقوله: «كأنه اعتبره بكثرة طرقه»، بلوغ المرام (ص ١٧٩)، وقال الشوكاني: «لا يخفى أن الأحاديث المذكورة والطرق يشهد بعضها لبعض، فأقل أحوالها أن يكون المتن الذي اجتمعت عليه حسناً». نيل الأوطار (٥/ ٣٧٨).

(١) المدونة (٤/ ١٨٨)، فتح الباري (٤/ ٣٣٠)، البناية (٦/ ٢٠٧)، نيل الأوطار (٥/ ٢٩١-٢٩٢).

ﷺ : « بعنيه ، فقال : هو لك يا رسول الله ، قال : بعنيه ، فباعه من رسول الله ﷺ ، فقال النبي ﷺ : هو لك يا عبد الله بن عمر تصنع به ما شئت »<sup>(١)</sup> ، ففي هبة النبي ﷺ ما اشتراه قبل التفرق دليل على أن البيع لازم قبلها<sup>(٢)</sup> .

١١- حديث خيار المجلس منسوخ باستمرار العمل بالمدينة على خلافه ؛ لأن الأصل تقديم العمل على الخبر الصحيح ، فإن أهل العمل لا يتهمون ، فيقدر أنهم علموا النسخ فيه فتركوا الأخذ به ، أو فهموا منه ما يوافق العمل<sup>(٣)</sup> .

١٢- وأخيراً فإن حديث خيار المجلس بظاهره مخالف للقياس الجلي في إلحاق ما قبل التفرق بما بعده<sup>(٤)</sup> ، وهذا يقوي دعوى القائل بأن الحديث مصروف الظاهر .

مناقشة إيرادات المالكية والحنفية على حديث خيار المجلس :

أجاب الجمهور عما أورده النافون لخيار المجلس بما يلي :

١- فعن حملهم التفرق المنصوص في الحديث على الأقوال

---

(١) صحيح البخاري ، كتاب البيوع - باب من اشترى شيئاً فوهب من ساعته (٨٥ / ٣) .

(٢) الأم (٨ / ٣) ، الباب (٤٨٧ / ٢ - ٤٨٨) .

(٣) المقدمات (٥٦٥ / ٢) ، الأبي (١٩٤ / ٤ - ١٩٥) .

(٤) فتح الباري (٣٣٠ / ٤ - ٣٣١) ، نيل الأوطار (٢٩٢ / ٥) .

والمعاني، قال الجمهور: هذا التأويل مردود لوجوه:

أولها: أن حمل التفرق على التفرق بالكلام محال لا يجوز في اللسان، فإن اللفظ لا يحتمل ما قالوه؛ لأن أمر الناس في عرف اللغة وظاهر الكلام إرادة حقيقة التفرق بالأبدان، وحمله على غير هذا دعوى بلا برهان، ولا يجوز لأحد أن يصرف اللفظ عن معناه الظاهر المتبادر للذهن بلا دليل.

ثانيها: ليس بين المتبايعين تفرق بلفظ ولا اعتقاد، وإنما بينهما اتفاق على الثمن والمبيع بعد الاختلاف فيه، وهذا لا يسمى افتراقاً بل هو اجتماع، فكيف يجوز أن يكون الكلام الذي به اجتماع هو الذي به افتراقاً فهذا غير مفهوم ولا معقول؛ لأن الاجتماع ضد الافتراق، ومن المحال أن يثبت الشيء بثبوت ضده.

ثالثها: لا يقال للمتبايعين متساومان؛ لأن التساوم يكون قبل التبايع، ثم يصيران متبايعين بعد التساوم، ولا يقع عليهما اسم التبايع حتى يتبايعا فعلاً بتطابق الإيجاب والقبول، فإن لفظ المتبايعين اسم مشتق من البيع، ولا يصح أن يشتق منه قبل أن يوجد، فمتى وجد التعاقد بينهما صارا متبايعين.

ولا يصح قولهم: «لا يجوز تسمية المتعاقدين متبايعين بعد الفراغ من العقد»؛ لأن عدم الصحة خاص بالأفعال المتعلقة بفرد واحد كالصوم، والصلاة، والأكل، والشرب، ونحو ذلك، وأما الأفعال

التي لا تتم إلا من اثنين كالمسابقة، والمبارزة، والمقاتلة، وما شابهها فلا يقع عليهما الاسم إلا بوجود الفعل منهما جميعاً، ثم إن السارق لا يسمى سارقاً، والزاني لا يسمى زانياً، إلا بعد تمام الفعل الموجب للحد، ويبقى وجوب الحد ما دام الاسم موجوداً حتى يقام.

رابعها: قولهم: «المراد بالتفرق تفرق المتساومين بالكلام»، يبطل فائدة الحديث، ويسقط معناه، فكل واحد يعلم يقيناً أن المتساومين بالخيار إن شاء عقدا البيع، وإن شاء تركاه، فالمشتري ما لم يوجد منه قبول فهو بالخيار، وكذلك البائع خياره في ملكه ثابت قبل انعقاد البيع، فكيف يرد الخبر بما لا يفيد فائدة؟ هذا ما لا يظنه ذو لب على رسول الله ﷺ (١).

خامسها: تأويل النافين للخيار مخالف لصريح ما رواه الليث، عن نافع، عن ابن عمر ولفظه: «إذا تباع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا، وكانا جميعاً، أو يخير أحدهما الآخر، فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع، وإن تفرقا بعد أن يتبايعا، ولم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع» (٢). ففي هذه الرواية البيان الواضح أن التفرق

---

(١) الأم (٦/٣-٧)، التمهيد (١٩/١٤)، المحلى (٣٠٢/٩-٣٠٤)، (٣١٦-٣١١)، المجموع (١٨٧/٩)، المغني (٦/٤-٧)، نيل الأوطار (٢٩٠/٥-٢٩١).

(٢) صحيح البخاري، كتاب البيوع-باب إذا خير أحدهما صاحبه بعد البيع (٨٤/٣).

معناه : ترك المكان بالبدن ، وبها ترتفع كل شبهة أو التباس<sup>(١)</sup> .

سادسها : أن ابن عمر وهو راوي الحديث قد فسر التفرق بتفرق الأبدان ، فكان إذا أراد إلزام البيع مشى قليلاً لينقطع الخيار ، وعندما باع من أمير المؤمنين عثمان مالاً ، رجع على عقبه حتى خرج من بيته لثلاً يفسخ البيع ، وهو القائل : «السنة أن المتبايعين بالخيار حتى يتفرقا»<sup>(٢)</sup> .

وقد فسر أبو برزة التفرق بتفرق الأبدان أيضاً ؛ وذلك حين قضى بين متبايعين اشترى أحدهما من صاحبه فرساً ، وأقاما معاً يومهما وليلتهما ، فلما قام المشتري ليسرج فرسه ندم البائع ، فاختصما إلى أبي برزة فذكرهما بقول الرسول ﷺ «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا» ثم قال : «ما أراكما افتراقتما»<sup>(٣)</sup> ، وأبو برزة ، وابن عمر أعلم بمعنى الحديث ممن جاء بعدهما<sup>(٤)</sup> .

---

(١) المحلى (٩/٣٠٢ ، ٣٠٣ ، ٣١٦) .

(٢) صحيح البخاري ، بيع - باب كم يجوز الخيار (٣/٨٣ - ٨٤) ، سنن الترمذي (٣/٥٣٩) ، المجموع (٩/١٩٧) ، المغني (٤/٦ - ٧) .

(٣) سنن أبي داود ، كتاب البيوع - باب خيار المتبايعين (٣/٧٣٦ - ٧٣٧) ، وأخرجه ابن ماجه في التجارات - البيعان بالخيار (٢/١٢) ، وقال المنذري : «رجال إسناده ثقات» . مختصر أبي داود مع معالم السنن (٥/٩٦) .

(٤) المغني (٤/٦ - ٧) .



٢- وقولهم: بأن الخيار خيار المتساومين القبول أو الرد قبل التفرق بالأبدان لا يسلم أيضاً؛ لأن المتساومين لا يسميان متبايعين إلا بعد التبايع، إذ إن لفظ البيع من الأسماء المشتقة من أفعال الفاعلين، وهي لا تطلق حقيقة إلا بعد حصول الفعل منهم، كقولهم: زان، وسارق، ولما دلّ الحديث على أن التفرق إنما يقع بين المتبايعين لزم أن يكون ذلك بعد التعاقد والتبايع لا قبله، ولا يقال: إن تسمية المتعاقدين بعد تمام البيع متبايعين مجاز - وإنما تصدق التسمية حقيقة على وقت التبايع - لأننا نقول للمخالف: إن تسميتكم المتساومين متبايعين مجاز أيضاً، وإذا تعارض المجازان فالأقرب منهما إلى الحقيقة أولى بالاعتبار، فظهر أن إطلاق اسم المتبايعين على المتعاقدين بعد التعاقد وتمام البيع أولى من إطلاقه على المتساومين قبل حصول البيع، لأن أقربهما إلى الحقيقة ما كان بعد ثبوتها، هذا فضلاً عن الروايات الصريحة التي أفادت ثبوت التخيير بعد التعاقد<sup>(١)</sup>.

٣- أما استدلالهم لنفي خيار المجلس بالزيادة التي في حديث جد عمرو بن شعيب وهي قوله: «ولا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقيله»<sup>(٢)</sup>، فالجواب عنه من وجوه:

---

(١) الأم (٦/٣)، المجموع (٩/١٩٧)، فتح الباري (٤/٣٣٠-

٣٣١)، المغني (٤/٦-٧)، نيل الأوطار (٥/٢٩٠-٢٩١).

(٢) تقدم تخريجه.

أولها: قال ابن حزم: «هذا حديث لا يصح، ولنا من يحتج بما لا يصح»<sup>(١)</sup> وقال ابن عبد البر: «وقوله: لا يحل، لفظة منكرة، فإن المسلمين مجمعون على جواز مفارقة أحد المتبايعين صاحبه، لينعقد بيعه ولا يقيله، وفيما أجمعوا عليه من ذلك، رد لرواية من روى عدم حل المفارقة خشية الاستقالة»<sup>(٢)</sup>، وفي رد هذا الخبر نظر؛ لقول الترمذي: «هذا حديث حسن»<sup>(٣)</sup>، وليس في نفي حل المفارقة ما يوجب رد الحديث؛ لإمكانية حملها على الكراهة، لأن تعجل المفارقة لتفويت فرصة الرد على المتعاقد مما تأباه المروءة وحسن معاشرة المسلم، أو يحمل نفي الحل على ندب المكث بما يتيح للنادم فسخ البيع؛ لأن حل الفراق ثابت بالإجماع<sup>(٤)</sup>. ولعل النهي المذكور لم يبلغ ابن عمر، فكان إذا بايع رجلاً مشى قليلاً ليتم بيعه<sup>(٥)</sup>.

وبالجملة، فإن الحديث السابق لا ينافي ثبوت خيار المجلس، ولو كانت دلالة قطعية على منع المفارقة، فقد جعله الترمذي من أدلة ثبوت خيار المجلس، واحتج به على المخالفين<sup>(٦)</sup>.

---

(١) المحلى (٣١١/٩ - ٣١٢).

(٢) التمهيد (١٤/١٦ - ١٨).

(٣) سنن الترمذي (٢٤٧/٤).

(٤) فتح الباري (٣٣١/٤ - ٣٣٢).

(٥) تقدم، وانظر كذلك تلخيص الحبير (٢٠/٣).

(٦) سنن الترمذي (٢٤٧/٤)، المجموع (١٨٧/٩ - ١٨٨).

ثانيها : أن المراد بالاستقالة في الحديث الفسخ ، فعبر بالإقالة عن  
الفسخ ، وبرهان ذلك ما يلي :

أ- لأن من معاني الاستقالة ؛ استدراك ما فات ، فإن العرب  
تقول : استقلت من عمتي ، واستقلت ما فات أي استدركته<sup>(١)</sup> .

ب- أن النبي ﷺ أثبت الخيار في أول الحديث لكل منهما ، ثم  
ذكر الإقالة في المجلس ، ومن كان له أن يختار لا يحتاج إلى الإقالة ،  
فتعين حملها على الفسخ<sup>(٢)</sup> .

ج- أن المفارقة بالأبدان لا تمنع الاستقالة التي حملوا الخبر  
عليها ؛ لأن حقيقة الإقالة لا تختص بمجلس العقد حتى يخشى  
زوالها بالمفارقة ، بل هي ممكنة أبداً ولو بعد عشرة أعوام ، وبهذا يعلم  
يقيناً أن المراد بالاستقالة في الحديث خيار الفسخ الذي تمنع منه  
المفارقة بالأبدان قطعاً ؛ لأنها توجب البيع ، ولا يمكن أن يفهم من  
الحديث غير هذا ، ولا يحتمل لفظ الخبر معنى سواه البتة<sup>(٣)</sup> .

٤- وما ذكره من حمل حديث خيار المجلس على النذب أو

---

(١) لسان العرب (١١/٥٦٦) ، المحلى (٩/٣١١-٣١٢) ، فتح الباري

(٤/٣٣١-٣٣٢) .

(٢) المجموع (٩/١٨٧-١٨٨) ، فتح الباري (٤/٣٣١-٣٣٢) .

(٣) المحلى (٩/٣١١-٢١٢) ، المجموع (٩/١٨٧-١٨٨) ، فتح الباري

(٤/٣٣١-٣٣٢) .

الاحتياط بعيد وغير مستساغ، لمخالفته ظاهر الحديث، ثم إن دلالة الحديث الصريحة على إثبات خيار المجلس تمنع كل صرف أو تأويل<sup>(١)</sup>.

٥- إعلالهم الحديث بمخالفة مالك له وقد رواه، ليس بشيء؛ لأن مالكاً لم يتفرد به، فقد رواه غيره، وعمل به، وهم كثير، ثم إن الراوي المعتد بخلافه لما روى مخصوص بالصحابي عند كثير من محققي أهل الأصول، والقاعدة في ذلك: أن الراوي أعلم بما روى، وأن ابن عمر هو راوي الخبر، وكان يفارق بيدنه ليلزم البيع فاتباعه أولى ممن دونه<sup>(٢)</sup>.

٦- وأجيب عن قولهم: «بأن الحديث يحيل لزوم البيع إلى غير غاية فأشبهه بيوع الغرر، والملازمة، والمنازعة، وهذه البيوع مقطوع بفسادها» بما يلي:

أ- قال ابن حجر: «إن مالكاً يقول بخيار الشرط ولا يحده بوقت معين، وما ذكره من الغرر موجود فيه، فكيف جاز إثبات خيار الشرط دون خيار المجلس»<sup>(٣)</sup>؟.

---

(١) فتح الباري (٤/ ٣٣٠-٣٣١)، الأبي (٤/ ١٩٤-١٩٥)، الزرقاني (٣/ ٣٢١-٣٢٢).

(٢) التمهيد (١٩/ ٢٠)، فتح الباري (٤/ ٣٣٠-٣٣١).

(٣) فتح الباري (٤/ ٣٣٠-٣٣١).

ب - وردُّ أبي حنيفة لحديث الخيار بجهالة الغاية، مبني على أصله  
بردُّ أخبار الآحاد إذا خالفت الأصول المجتمع عليها، وحديث خيار  
المجلس قد خالف عنده أصل المنع في البيوع المجهولة العاقبة كبيوع  
الغمر ونحوها.

وأجيب: بأن هذا الحكم عند أبي حنيفة مبني على مرجوح لم  
يوافقه عليه جمهور العلماء، فإن الأحاديث الصحيحة لا ترد بمثل ما  
ذكره، ومن نفى خيار المجلس، فقد عارض عموم الحديث الصريح في  
إثباته، ولا يكون غرر أبداً في شيء شرعه رسول الله ﷺ وأمر به (١).

ج - أنه ليس كما قال المخالف: إن للمتبايعين خياراً لا يدریان متى  
ينقطع، فأيهما شاء قطعه، قطعه في الحال، فكل من المتبايعين متمكن  
من إمضاء البيع وفسخه بالقول، أو بالفعل، فظهر بما تقدم ضعف هذا  
الاعتراض، وبطلانه (٢).

٧- وقول بعضهم: «الافتراق يكون بالكلام، والتفرق بالأبدان»،  
لا يسلم؛ فقد رد ابن العربي نفسه هذا القول؛ لأن قول الله تعالى:  
﴿وَمَا تَفَرَّقُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ﴾ (٣) ظاهر في التفرق بالكلام لدلالة  
الآية على تفرقهم في الاعتقاد، ولا يقال إن فرقة الأبدان من لازم

---

(١) التمهيد (١٤/١٣)، المحلى (٩/٣١٤)، المجموع (٩/١٨٦-١٨٧).

(٢) المحلى (٩/٣١٤)، فتح الباري (٤/٣٣٠-٣٣١).

(٣) البينة (٤).

الافتراق في الاعتقاد في الغالب ، فاستعمل التفرق بالأبدان محل الافتراق بالأقوال من باب إطلاق اللازم وإرادة الملزوم ، وبالجمله فلا حاجة لكل هذا النزاع في مدلول لفظ الافتراق والتفرق ، فإن استعمال أحدهما موضع الآخر فيه متسع ، وحديث خيار المجلس دال على التفرق بالأبدان بروايات صريحة لا مطمع في حملها على غير ذلك<sup>(١)</sup> .

٨- وما زعموه من معارضة عموم القرآن لحديث خيار المجلس لا حجة في شيء منه على نفي خيار المجلس ، ثم إن النسخ لا يثبت بالاحتمال ، والجمع بين الدليلين مهما أمكن لا يصار معه إلى الترجيح ، والجمع هنا ممكن بين حديث خيار المجلس ، والآيات المذكورة بغير تعسف ولا تكلف<sup>(٢)</sup> .

قوله تعالى: ﴿... أَوْفُوا بِالْعُقُودِ...﴾<sup>(٣)</sup> ، عموم تعترضه ضروب من التخصيص ، والذي يجب الوفاء به من العقود ما كان صحيحاً في الكتاب ، والسنة ، أو في أحدهما ، ولا يجب الوفاء بالعقود غير المشروعة كالعقود الربوية ، والبيع المنهي عنها<sup>(٤)</sup> ،

---

(١) الزرقاني (٣/ ٣٢٠) ، نيل الأوطار (٥/ ٢٩٠) .

(٢) فتح الباري (٤/ ٣٣٠) ، نيل الأوطار (٥/ ٢٩١-٢٩٢) .

(٣) سورة المائدة (١) .

(٤) التمهيد (١٤/ ١٥-١٦) .

وكذلك قوله تعالى: ﴿...إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾<sup>(١)</sup>، فإن الذي أتى بهذه الآية هو الذي علمنا شروط التجارة المباحة، فبين التراضي الناقل للملك، وهو الذي شرع خيار المجلس للمتبايعين فلا تضاد ولا تعارض<sup>(٢)</sup>.

وليس في آية ﴿...وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾<sup>(٣)</sup>، ما يشير إلى بطلان التفرق، ولا مانع أن يكون الإشهاد المذكور بعد التفرق أو التخيير<sup>(٤)</sup>.

٩ - ويجاب على ما نازعوا به من ظواهر الأحاديث؛ بأن ما ذكروه ظواهر وعمومات لا يعترض بمثلها على الخصوص والنصوص<sup>(٥)</sup>، فكيف يدّعي المخالف نسخ حديث خيار المجلس بها، وقد أمكن الجمع بين تلك الأحاديث وحديث خيار المجلس بغير تكلف ولا تعسف، والمصير إلى الترجيح مع إمكان الجمع غير جائز كما هو مقرر في موضعه<sup>(٦)</sup>.

---

(١) النساء (٢٩).

(٢) المحلى (٣٠٥/٩)، المجموع (١٨٧/٩).

(٣) البقرة (٢٨٢).

(٤) المحلى (٣٠٦-٣٠٧/٩).

(٥) التمهيد (١١/١٤).

(٦) المقدمات (٥٦٦-٥٦٧)، فتح الباري (٣٣٠/٤)، نيل الأوطار

(٥/٢٩١-٢٩٢).

والجواب عنها تفصيلاً كما يلي:

فحديث ابن مسعود في اختلاف المتبايعين قال عنه الشافعي: «هو حديث منقطع»، فلا يجوز للعالم بالحديث أن يحتج به؛ لأنه لا يثبت بنفسه، فكيف يزال به ما ثبت بنفسه؟ ولو ثبت لما كان فيه ما يدل على مخالفة حديث الخيار؛ لأن المتبايعين إن تصادقا على التبايع، واختلفا في الثمن، فكل واحد منهما يختار أن ينفذ البيع، فإن كانت دعواهما مختلفة فيما ينعقد به البيع، فالخيار للمبتاع في أن يأخذ أو يدع، وحديث الخيار جعل الخيار لهما معاً من غير اختلاف في ثمن، ولا ادعاء من واحد منهما يفسد أصل البيع وينقضه<sup>(١)</sup>، أو يحمل حديث اختلاف المتبايعين على ما بعد التفرق، وحديث الخيار خاص بالمجلس، وعندها يضعف الاحتجاج بحديث اختلاف المتبايعين<sup>(٢)</sup>.

وحديث «من ابتاع طعاماً، فلا يبيعه حتى يستوفيه»<sup>(٣)</sup>، ليس بينه وبين حديث الخيار تعارض أو تضاد؛ لأن البيع المنهي عنه في الحديث هو ما كان بعد التفرق أو التخيير<sup>(٤)</sup>، ثم إن قبض الطعام في

---

(١) الأم (٩/٣ - ١٠).

(٢) الأبي (١٩٥/٤).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) التمهيد (١٦/١٤)، المحلى (٣٠٧/٩)، المجموع (١٨٤/٩).



الغالب يكون بالافتراق .

وخبر «المسلمون عند شروطهم»<sup>(١)</sup>، ضعفه ابن حزم وغيره، ولو صح لما قامت لهم به حجة، ودلالته على ثبوت خيار المجلس أولى مما زعموه؛ لأن شروط المسلمين هي الشروط المأمور بها، أو المباحة الثابتة بالكتاب، أو صحيح السنة، ولا يراد بها قطعاً الشروط المخالفة لكتاب الله تعالى، وسنة رسول الله ﷺ، وقد شرطت السنة التفرق بالأبدان للزوم البيع ونفاذه؛ فأى شرط للمسلمين غير هذا<sup>(٢)</sup>.

واستدلّاهم بحديث جواز التصرف بالهبة قبل التفرق على نفي خيار المجلس غير مفيد؛ لأن له نظيراً فيمن باع بالخيار، ولا يقال: بأن الخيار الثاني من شرط المتبايعين، لأن شرط رسول الله ﷺ أولى من شرط البائع والمشتري<sup>(٣)</sup>، ولعل هذه القصة كانت قبل قول الرسول ﷺ «البيعان بالخيار قبل أن يتفرقا»<sup>(٤)</sup>، أو يكون النبي ﷺ قد خير عمر بن الخطاب بعد العقد، ثم وهبه لعبد الله.

وبما تقدم من الأجوبة تنتفي شبهة نسخ حديث خيار المجلس، إذ

---

(١) تقدم تخريجه .

(٢) المحلى (٣٠٨/٩) .

(٣) الأم (٨/٣) .

(٤) تقدم .

لو نسخ لبينه النبي ﷺ حتى لا يشك عالم في أنه نسخ ما نسخ،  
وأثبت ما أثبت<sup>(١)</sup>.

١١- ورد على معارضة حديث ابن عمر بعمل أهل المدينة، أن  
هذا الأصل اصطلاح للمالك وحده انفرد به عن العلماء فلا يقبل في  
رد السنن، لأن السنن لا تترك لترك العمل بها عند فقهاء المدينة، فإن  
رواة السنن لم يكونوا منحصرين في المدينة، ولا في الحجاز، لا في  
عصر مالك، ولا في العصر الذي قبله.

ولما لم يكن المراد بالعمل عمل جميع الأمة، أو عمل من يرجع  
إلى عمله فلا حجة فيه، لأن غاية ما فيه أن يقول العالم: اترك  
علمك لعلمي، وهذا غير لازم قبوله إلا لمن تلزم طاعته<sup>(٢)</sup>، وهذا  
كله لو سلم أن فقهاء المدينة متفقون على نفي خيار المجلس، فكيف  
وقد قال بخيار المجلس أكابر علماء المدينة مثل، عبد الله بن عمر،  
وسعيد بن المسيب، وابن أبي ذئب، وغيرهم، ولا يحفظ عن أحد  
من علماء المدينة القول بخلافه سوى ربيعة بن عبد الرحمن<sup>(٣)</sup>.

ثم إن المالكية لم يتفقوا على نسبة نفي خيار المجلس إلى عمل  
أهل المدينة، فقد أنكر ابن عبد البر ذلك إنكاراً شديداً وقال: «إنما ردّ

---

(١) المحلى (٣١٢/٩ - ٣١٣).

(٢) المجموع (١٨٦/٩ - ١٨٧)، الأبي (١٩٥ - ١٩٦).

(٣) فتح الباري (٣٣٠/٤).

مالك حديث خيار المجلس نظراً واعتباراً، مال فيه إلى بعض أهل بلده كما صنع في سائر مذهبه»<sup>(١)</sup>.

١٢- وقولهم: «بأن الحديث مخالف للقياس الجلي» غير سليم؛ لأن صحيح العقل لا يخالف صحيح النقل، ثم إن القياس إذا صادم النص فسد اعتباره، فكيف يعارضه؟<sup>(٢)</sup>.

أدلة أخرى لإثبات خيار المجلس:

استدل الجمهور أيضاً بما رواه جابر رضي الله عنه، أن النبي ﷺ «خير أعرابياً بعد البيع»<sup>(٣)</sup>، وفي رواية لابن عباس أن النبي ﷺ «بايع رجلاً فلما بايعه قال: اختر، ثم قال رسول الله ﷺ: هكذا البيع»<sup>(٤)</sup>.

وفي هذا الحديث دلالة ظاهرة على ثبوت خيار المجلس؛ لأن النبي ﷺ خير فيها المشتري بعد تمام البيع وانعقاده.

---

(١) التمهيد (١٤/٨، ٩، ١٠).

(٢) فتح الباري (٤/٣٣٠-٣٣١)، نيل الأوطار (٥/٢٩٢).

(٣) رواه الترمذي في أبواب البيوع بعد-باب ما جاء في البيعين بالخيار (٤/٢٤٨)، وقال: «هذا حديث حسن غريب»، ورواه البيهقي في كتاب البيوع-باب البيعين بالخيار ما لم يتفرقا (٥/٢٧٠)، وقال النووي: «رواه الترمذي، وقال: «حديث صحيح»، المجموع (٩/١٨٥-١٨٦).

(٤) رواه البيهقي (المرجع السابق)، ورواه أبو داود الطيالسي في مسنده-باب حرف العين عكرمة، عن ابن عباس (٣٤٩).

وتعقب، بأن تخير النبي ﷺ للرجل وما في معناه لا يدل على ثبوت خيار المجلس، لاحتمال أن يكون وجد بالمبيع عيباً، فخيرته بين الرد والإمضاء<sup>(١)</sup>.

ويردُّ عليه بأن هذا الاحتمال بعيد، لأن خيار العيب ثابت للمشتري قبل الافتراق وبعده، ثم إن حديث ابن عمر الثابت الصريح يغني عن هذه الأحاديث وغيرها.

وفي الباب أحاديث كثيرة عن أبي هريرة، وأبي ברزة، وحكيم ابن حزام، وسمرة، وعمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، وكلها صريح في إثبات خيار المجلس<sup>(٢)</sup>، وهو مذهب الصحابة، وعملهم، ومذهب عثمان بن عفان، وعبد الله بن عمر، وهو المروي عن أبي هريرة، وأبي برزة، وقد سمع عمر والعباس أياً يحكم بإثبات خيار المجلس فلم ينكرا، فصَحَّ أنهم قائلون بذلك<sup>(٣)</sup>.

---

(١) اللباب (٢/٤٨٧).

(٢) سنن الترمذي (٤/٢٤٤-٢٤٦)، السنن الكبرى للبيهقي (٥/٢٦٨)، سنن ابن ماجه (٢/١٢-١٣)، مصنف عبد الرزاق (٨/٥٠)، الأم (٣/٤)، المجموع (٩/١٨٥-١٨٦).

(٣) السنن الكبرى (٨/٢٧)، مصنف عبد الرزاق (٨/٥١)، مصنف ابن أبي شيبة (٧/٨٣) التمهيد (١٤/١٤-١٥)، المحلى (٩/٣٠١-٣٠٢)، فتح الباري (٤/٣٣٠)، المغني (٤/٦).

وبه قال الجمهور الأكبر من التابعين وتابعيهم ، ومن بعدهم من  
الفقهاء والمحدثين<sup>(١)</sup>.

### أدلة النافين لخيار المجلس :

تقدم بسط ما عارض به النافون خيار المجلس من آيات وأخبار ،  
وعمل أهل المدينة ، وقياس ، عند مناقشتهم لحديث ابن عمر المثبت  
لخيار المجلس ، وفيما يلي ذكر بقية ما استدلوا به :

أولاً : عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال : «البيع صفقة ، أو  
خيار»<sup>(٢)</sup> ، وفي رواية عنه قال : «ألا وإنما البيع عن صفقة ، أو  
خيار ، والمسلم عند شرطه»<sup>(٣)</sup> ، ومعناه أن البيع إما بيعة ناجزة لا  
خيار فيها ، أو يكون على الخيار ، وهو خيار الشرط ، فلا موضع  
لوجود خيار آخر يسمى خيار المجلس .

### وقد أجاب الجمهور عن هذا الأثر من وجوه :

- 
- (١) صحيح البخاري (٨٣/٣ - ٨٤) ، سنن أبي داود (٧٣٧/٣) ، سنن  
الترمذي (٢٤٥ - ٢٤٦) ، الأم (٤/٣ - ٥) ، التمهيد (١٤/١٤ - ١٥) ،  
المحلى (٣٠١ - ٣٠٢) ، فتح الباري (٤/٣٣٠) ، عمدة القارئ  
(١١/١٩٥ - ١٩٦ ، ٢٢٧ - ٢٢٨) ، المجموع (٩/١٨٤) ، المغني (٤/٦) ، البناءة  
(٦/٢٠٥ - ٢١١) ، الإنصاف (٤/٣٦٤) ، نيل الأوطار (٥/٢٩٠ - ٢٩١) .
- (٢) السنن الكبرى للبيهقي ، بيع - باب في تفسير بيع الخيار (٥/٢٧٢) ، الحجة  
على أهل المدينة (٢/٦٩١ - ٦٩٢) ، نصب الراية (٤/٣ - ٤) .
- (٣) مصنف عبد الرزاق (٨/٥٢ - ٥٣) .

الوجه الأول : أن هذه الصيغة لم تثبت عن عمر ، قال الشافعي :  
«الذي تروون عن عمر غلط ، ومجهول ، أو منقطع ، فهو جامع  
لجميع ما ترد به الأحاديث»<sup>(١)</sup> ، وقال ابن حزم : «لا يصح ما روي  
عن عمر ؛ لأنها مراسيل ، أو من طريق الحجاج بن أرطاة ، وهو  
هالك ، عن شيخ من بني كنانة ، وما أدراك ما شيخ بني كنانة»<sup>(٢)</sup> ،  
وقال البيهقي : «كلاهما ضعيف للانقطاع ، وضعف كثير من أهل  
العلم هذا الأثر عن عمر»<sup>(٣)</sup> .

الوجه الثاني : قيل : إن الثابت عن عمر رضي الله عنه أن  
المتبايعين بالخيار ما لم يتفرقا بأبدانهما كما قال رسول الله ﷺ<sup>(٤)</sup> .

الوجه الثالث : لو صح عن عمر رضي الله عنه لم يدل على نفي  
الخيار ، لأن معناه أن البيع ينقسم إلى بيع شرط فيه الخيار ، وبيع لم  
يشترط فيه الخيار ، وسمى البيع الذي لم يشترط فيه الخيار صفقة  
لقصر مدة الخيار فيه ، فصح أن الصفقة : هي ما صح من البيع  
بالتفرق ، فهذا أصبح ما يحمل عليه قول عمر رضي الله عنه<sup>(٥)</sup> .

(١) الأم (٩/٣) .

(٢) المحلى (٩/٣١٦-٣١٧) .

(٣) السنن الكبرى (٥/٢٧٢) .

(٤) المحلى (٩/٢٩٩-٣٠٠) ، نصب الراية (٤/٣-٤) ، المغني (٤/٧) .

(٥) السنن الكبرى (٥/٢٧٢) ، الأم (٩/٣) ، المحلى (٩/٣١٦ ، ٣١٧ ،

٣١٨) ، المغني (٤/٧)

الوجه الرابع: لو أن عمر أراد بقوله نفي خيار المجلس، ما جاز لأحد أن يعارض به قول المعصوم عليه السلام، فلا حجة في قول أحد مع رسول الله عليه السلام، وقد كان دأب أمير المؤمنين رضي الله عنه الرجوع إلى قول رسول الله عليه السلام متى بلغه، فكيف يعارض قوله بقوله؟<sup>(١)</sup>.

الوجه الخامس: لا يكون قول الصحابي حجة إذا خالفه غيره من الصحابة، وعليه: فلو صح عن عمر نفي خيار المجلس، فقد ثبت عن ابنه عبد الله، وأبي برزة، وغيرهما<sup>(٢)</sup>.

فبان أنه لا متعلق لهم بمنقول ولو كان موقوفاً على صاحب، وما نسبوه إلى شريح من قوله: «إذا تكلم الرجل بالبيع فقد وجب البيع» لا يصح لضعف سنده؛ لأجل حجاج بن أرطأة<sup>(٣)</sup>، وقد ثبت عن شريح القول بخيار المجلس<sup>(٤)</sup>، ولو لم يثبت عنه سوى القول الأول لما كان فيه حجة، فإنه لا اعتداد بقول الصحابي إذا خالف حديثاً عن النبي عليه السلام، فكيف بمن دونه؟.

وللنافين خيار المجلس من المعقول ما يلي:

١- عقد البيع من عقود المعاوضة، فلا يثبت فيه خيار المجلس

---

(١) المحلى (٣١٧/٩ - ٣١٨)، المغني (٧/٤).

(٢) المغني (٧/٤).

(٣) فتح الباري (٣٢٩/٤).

(٤) مصنف عبد الرزاق (٥٢/٨).

كالنكاح، والخلع، والكتابة، وغيرها<sup>(١)</sup>.

٢- العقد يتم بالإيجاب والقبول، وبتمامه يملك المشتري المبيع، ويملك البائع الثمن، وإثبات خيار المجلس لأحدهما يستلزم إبطال حق الآخر، وإبطال الحق الواجب لا يجوز<sup>(٢)</sup>.

٣- كل خيار كان من مقتضى العقد، جاز بقاؤه بعد الافتراق كخيار العيب، وخيار الشرط، وخيار المجلس لا يبقى بعد الافتراق، فلم يكن من مقتضى العقد، كالخيار في غلاء الثمن وإرخاصه<sup>(٣)</sup>.

٤- إثبات خيار المجلس للمتبايعين معاً يفضي إلى تعذر انعقاد البيع، وعدم تصوره، أو يقتضي محالاً؛ لأن اتفاقهما على الفسخ والإمضاء يمنع ثبوت الخيار، واختلافهما يستلزم الجمع بين النقيضين، فإن الجمع بين الإمضاء والفسخ محال، وبه يتتفي ثبوت خيار المجلس<sup>(٤)</sup>.

٥- حيث لم يكن لاجتماع الأبدان تأثير في البيع، فكذلك افتراقهما لا تأثير له فيه<sup>(٥)</sup>.

---

(١) الإشراف (١/٢٤٩)، المنتقى (٥/٥٥).

(٢) عمدة القارئ (١١/١٩٦)، البناية (٦/٢٠٦).

(٣) الإشراف (١/٢٤٩).

(٤) المرجع السابق، فتح الباري (٤/٣٣١).

(٥) التمهيد (١٤/١٩ - ٢٠).



### مناقشة استدلال النافي لخيار المجلس بالمعقول :

قبل كل شيء ، فإن هذه الظنون مصادمة للنص ، فلا اعتداد بها ، ولا تعويل عليها ، ومع ذلك فهي غير مسلمة ، فإن قياسهم البيع على عقد النكاح وما شابهه قياس مع الفارق ؛ لأن النكاح لا يقع في الغالب إلا بعد الرؤية ، والنظر ، وعدم الاستعجال ، فلا حاجة فيه إلى الخيار ، ثم إن الخيار في عقد النكاح فيه إلحاق الضرر بالمرأة المخطوبة ؛ لما في ذلك من ابتذال بالعقد ، وذهاب للحرمة بالرد ، وإلحاقها بالسلع المبيعة ، فقد راعى الشارع هذه المفاسد فلم يشرع في عقد النكاح خيار الشرط ، ولا خيار الرؤية ، وشرع ذلك في عقد البيع ، فكيف ساغ للمخالف بعد هذا أن يسوي بين عقد ينقل ملك رقبة المبيع وثمنه بعقد يبيع فرجاً كان محرماً بغير ملك الرقبة ، وليس المقصود منه المال ولا يفسد بفساد العوض ، والبيع بخلاف هذا كله<sup>(١)</sup> .

ولا يصح زعمهم أن خيار المجلس مبطل لحق الغير بعد ثبوته ؛ لأن كل حق لم يشرعه الله لا يكون حقاً ، ولا تمنع مخالفته ، ويكفي في رد هذا الزعم ما قاله صاحب البناية بعد عرضه لهذا الدليل : « والعجب من المصنف أن الخصم يستدل بالحديث الصحيح ، وهو يستدل بالدليل العقلي »<sup>(٢)</sup> .

---

(١) المحلى (٣٠٩/٩ - ٣١٠) ، المجموع (١٨٨/٩) ، المغني (٧/٤) .

(٢) البناية (٢٠٦/٦) .

وقول من قال: «كل خيار لا يبقى بعد الافتراق فليس من مقتضى العقد، ليس بشيء؛ لأنه لا لزوم لذلك شرعاً ولا عقلاً، فإن لكل خيار حداً ينتهي إليه، فخيار الرؤية ينتهي عند رؤية المبيع، وقس على ذلك غيره، ولا يمتنع إثبات خيار المجلس عقلاً كما زعموا، لأن المراد من إثبات الخيار لكل منهما أي: الخيار في الفسخ، فإن الإمضاء لا يحتاج إلى اختيار لكونه مقتضى العقد ولو سكتوا عنه، بخلاف الفسخ<sup>(١)</sup>.

أما قولهم: «لا يكون لافتراق الأبدان تأثير كاجتماعها»، فغير مسلم؛ لأن التراضي لا يكون في الغالب إلا باجتماع المتبايعين ببدنيهما، وثبوت الخيار يبقى ما داموا مجتمعين، والتفرق بالأبدان يبطل حق الخيار، ويلزم به البيع، وهو المراد قطعاً بنص الحديث، لأن التبايع لما لم يكن فيه بد من الكلام ثم ذكر عقبه التفرق دل على إرادة غير الكلام<sup>(٢)</sup>.

#### الترجيح:

بعد عرض أدلة المثبتين لخيار المجلس، وأدلة النافين، ومناقشتها بان لي - والله أعلم - رجحان القول بثبوت خيار المجلس لصحة وصراحة دليله، وكل ما أورده المخالفون واستدلوا به إما بعيد عن

---

(١) فتح الباري (٤/ ٣٣١).

(٢) التمهيد (١٤/ ١٩-٢٠).

محل النزاع ، أو هو دون قوة دليل الخيار ، وأقوى ما احتج به النافي  
لخيار المجلس ما يلي :

أولاً: حمله لحديث الخيار على التفرق بالأبدان على أن المراد  
بالمبتاعين المتساومان ، والخيار حينئذ يكون خيار القبول للمشتري ،  
وخيار الرجوع للبائع ، والتفرق بالأبدان يقطع كل ذلك .

ثانياً: الاستدلال بعمل أهل المدينة على نفي ثبوت خيار  
المجلس ، وترك العمل بالحديث .

ثالثاً: ما صح عن النبي ﷺ من هبة المبيع في المجلس قبل  
التفرق .

ومع قوة هذه الاعتراضات فإنها لا تقاوم حديث ابن عمر  
الصحيح الصريح ، ولا يصعب توجيه هذه الاعتراضات بما يوافق  
الخبر المشهور .

فإن إضافتهم الخيار للمتساومين أجيب عنه بأن التساوم مرحلة  
قبل التبائع ، وفي بعض روايات الحديث تصريح وتفسير الراوي له  
ينفي هذا الاحتمال ، ولا مانع من القول بأن الحديث يشمل ، لكنه  
لا يختص به ، فيكون عاماً في المتساومين والمتبائع .

وأما عمل أهل المدينة فبرغم المنازعة المعروفة في أصل العمل ،  
فإن المالكية أنفسهم مختلفون في نسبة نفي خيار المجلس إلى عمل  
أهل المدينة ، ولفظ مالك في ذلك غير صريح ، وما يقع الشك في

حجتيه وثبوتيه لا يقوى على معارضة الأصل الثابت بالإجماع وإن  
اختلف في دلالة .

وحديث التصرف بالهبة في المجلس قبل التفرق فمع ما أبداه  
العلماء في توجيهه بما لا يناهض خيار المجلس ، فإن التصرف في المبيع  
قبل التفرق هو ضرب من ضروب التخيير ، وللمتعاقد بعد ذلك أن  
يفسخ البيع ويسترد المبيع ، أو يقر التصرف ويمضي البيع . والله تعالى  
أعلم وأحكم .

## المبحث الثاني

حكم استثناء البائع كيلاً معلوماً من ثمر الحائط<sup>(١)</sup> المبيع

إذا أراد الرجل أن يبيع ثمر بستانه جزافاً، ويستثني منه شيئاً فهل يجوز ذلك؟

إذا كان المستثنى من البستان قدرأ مشاعاً من ثمر الحائط اتفق العلماء على جواز ذلك، ومنع كثير منهم استثناء كيل معلوم من ثمر الحائط المبيع جزافاً<sup>(٢)</sup>.

أما الإمام مالك رحمه الله، فيجوز عنده أن يبيع الرجل ثمر حائطه، ويستثني منه كيلاً أو وزناً معلوماً، على أن يكون المستثنى الثلث فأقل، فإن كان أكثر لم يجز<sup>(٣)</sup>، وعمدته في ذلك عمل أهل المدينة<sup>(٤)</sup>.  
توثيق المسألة :

ففي الموطأ: «قال مالك: الأمر المجتمع عليه عندنا؛ أن الرجل إذا باع ثمر حائطه، أن له أن يستثني من حائطه ما بينه وبين ثلث الثمر لا يجاوز ذلك، وما كان دون الثلث، فلا بأس بذلك»<sup>(٥)</sup>.

---

(١) الحائط ههنا: البستان من النخيل إذا كان عليه حائط. لسان العرب (٧/ ٢٨٠).

(٢) المحلى (٩/ ٤٣٧)، أوجز المسالك (١١/ ١٢٦).

(٣) الإشراف (١/ ٢٦٥ - ٢٦٦)، الكافي (٢/ ٦٨٢).

(٤) الإشراف (١/ ٢٦٥ - ٢٦٦).

(٥) الموطأ (ص ٤٢٨).

وقد استدل علماء المالكية بعمل أهل المدينة لتأييد هذا القول، قال القاضي عبد الوهاب: «يجوز أن يبيع ثمره جزافاً، ويستثني كيلاً معلوماً ما بينه وبين ثلثه؛ لأن ذلك إجماع أهل المدينة عملاً متواتراً بينهم»<sup>(١)</sup>.

وقال الباجي: «وهذا كما قال مالك؛ فإن مذهب أهل المدينة على ما ذكره»<sup>(٢)</sup>.

وفي البيان والتحصيل نحوه<sup>(٣)</sup>، ولا بن القاسم تفصيل عندما يكون في الحائط أصناف مختلفة، فلا يجوز عنده أن يستثني أكثر من ثلث الصنف الواحد مخافة استيعاب جميع الصنف الذي استثني منه ثلث ثمر الحائط<sup>(٤)</sup>.

مذهب غير المالكية في استثناء كيل معلوم من ثمر الحائط المبيع:

ذهب أكثر أهل العلم إلى خلاف مذهب مالك؛ فقالوا بعدم جواز استثناء كيل معلوم من ثمر الحائط المبيع، قل ذلك أم كثر<sup>(٥)</sup>،

---

(١) الإشراف (١/٢٦٥-٢٦٦).

(٢) المنتقى (٤/٢٣٧).

(٣) البيان والتحصيل لابن رشد الجدل (٧/٢٥٩)، بداية المجتهد (٢/١٦٤).

(٤) البيان والتحصيل (٧/٢٥٨-٢٥٩).

(٥) بداية المجتهد (٢/١٦٤).

وبه قال سعيد بن المسيب<sup>(١)</sup>، والحسن، والأوزاعي، وإسحاق، وأبو ثور<sup>(٢)</sup>، وهو مذهب الحنفية، والشافعية، والحنابلة، وابن حزم وغيرهم<sup>(٣)</sup>.

وقال بعض الحنفية بجواز استثناء القليل كالرطل فما دون، وعن بعضهم جواز الاستثناء مطلقاً، وهو خلاف المشهور عند جمهورهم<sup>(٤)</sup>، وفي رواية عند الحنابلة جواز الاستثناء أيضاً، إلا أن المذهب عندهم المنع كما تقدم<sup>(٥)</sup>، وقد نسب ابن قدامة القول بجواز الاستثناء من ثمر الحائط إلى ابن سيرين، وسالم بن عبد الله<sup>(٦)</sup>.

ومحل النزاع في هذه المسألة؛ هو في القول بجواز استثناء الثلث فما دون من الثمار المبيعة على رؤوس الشجر، وقول الجمهور المانع من ذلك.

- 
- (١) مصنف ابن أبي شيبة (٣٢٧/٦)، مصنف عبد الرزاق (٢٦٢/٨).  
(٢) مصنف ابن أبي شيبة (٣٢٩/٦)، المغني (٢١٣/٤).  
(٣) الحجة (٥٦١-٥٦٢)، الأم (٦٠/٣)، المحلى (٣٦/٩)، (٤/٤٣٧)، المجموع (٤٦٦/١١)، شرح فتح القدير (١٠٥/٥)، المغني (٢١٣/٤)، البناية (٢٤٩-٢٥٠)، الإنصاف (٣٠٥/٤).  
(٤) البناية (٢٤٩-٢٥٠).  
(٥) المغني (٢١٣/٤)، الإنصاف (٣٠٥/٤)، مطالب أولي النهى (٣٥/٣).  
(٦) المغني (٢١٣/٤)، مصنف ابن أبي شيبة (٣٢٠-٣٢١)، مصنف عبد الرزاق (٢٦٢/٨).

وفيما يلي عرض أدلة القولين ومناقشتها .

### أدلة المالكية:

استدل المالكية لجواز استثناء الثلث فما دونه من ثمر الحائط المبيع بعمل أهل المدينة، وهو العمدة عندهم في هذه المسألة<sup>(١)</sup>.

ولهم أيضاً من الخبر، والأثر، والنظر ما يلي:

أولاً: ما رواه جابر رضي الله عنه، أن النبي ﷺ: «نهى عن بيع الثنيا إلا أن تعلم»<sup>(٢)</sup>، وهو نص في جواز الثنيا إذا كانت معلومة، وقول المالكية لم يجاوز ما دل عليه الحديث؛ لأنهم اشترطوا أن يكون المستثنى مقدراً بكيل، أو وزن، وأن يكون ثلث ثمر الحائط أو أقل، وهذا غاية في العلم بالمستثنى<sup>(٣)</sup>.

---

(١) الموطأ (ص ٤٢٨)، الإشراف (١/ ٢٦٥ - ٢٦٦)، المنتقى (٤/ ٢٣٧).

(٢) رواه الترمذي في سننه وقال: «هذا حديث حسن صحيح» أبواب البيوع - باب ما جاء في النهي عن الثنيا (٤/ ٢٩٠ - ٢٩١)، ورواه النسائي أيضاً في كتاب البيوع - باب النهي عن بيع الثنيا حتى تعلم (٧/ ٢٩٦)، كما أخرجه مسلم ولم يذكر «إلا أن تعلم»، كتاب البيوع - باب النهي عن المحاقلة والمزابنة (٣/ ١١٧٥)، النووي على مسلم (١٠/ ١٩٥)، وأخرجه البيهقي باللفظين، كتاب البيوع - باب من باع ثمر حائطه واستثنى (٥/ ٣٠٤)، ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه بدون زيادة، كتاب البيوع - باب من كره للرجل أن يبيع البيع ويستثنى بعضه (٦/ ٣٢٧).

(٣) المغني (٤/ ٢١٣).



وتعقب ، بأن معنى الحديث هو أن يباع شيء جزافاً ، فلا يجوز أن يستثنى منه شيئاً قل أو كثر ، ثم إن الثنيا لا تكون معلومة إلا إذا كان المستثنى منه أيضاً معلوماً ؛ لأن المراد من الثنيا ، هو استثناء شيء من شيء<sup>(١)</sup> .

وأجيب : بأن التفسير الأول أرجح ؛ لأنه الأقرب إلى معنى الحديث ، وإن سلم احتمال إرادة المعنى الثاني ، فليس أحد المعنيين بأولى من الآخر فيسقط الاحتجاج به في حق الجميع .

استدلال المالكية بأقوال الصحابة على جواز الاستثناء في الحائط المبيع :

استدل المالكية بما يلي من أقوال الصحابة :

١- عن الإمام مالك «أن جده محمد بن عمرو بن حزم ، باع ثمر حائط له يقال له : الأفرق ، بأربعة آلاف درهم ، واستثنى منه بشماتة درهم ثمرأ»<sup>(٢)</sup> .

٢- أن ابن عمر رضي الله عنهما باع ثمرة له بأربعة آلاف درهم ، وطعام الفتيان الذين يعملونها<sup>(٣)</sup> ، وقال أبو حازم<sup>(٤)</sup> : «اشترينا من ابن

---

(١) المحلى (٩/ ٤٤٠) ، المغني (٤/ ٢١٣) .

(٢) الموطأ (ص ٤٢٨) ، مصنف ابن أبي شيبة (٦/ ٣٣٠ - ٣٣١) ، مصنف

عبد الرزاق (٨/ ٢٦٢) .

(٣) مصنف عبد الرزاق (٨/ ٢٦١) .

(٤) هو سلمان الأشجعي الكوفي ، روى عن ابن عمر وأبي هريرة والحسن =

عمر شيئا، واستثنى بعضه»<sup>(١)</sup>.

٣- عن أبي الرجال محمد بن عبد الرحمن بن حارثة<sup>(٢)</sup> أن أمه عمرة بنت عبد الرحمن رضي الله عنها، كانت تباع ثمارها، وتستثنى منها<sup>(٣)</sup>، وكان سالم بن عبد الله بن عمر التابعي المشهور لا يرى بأساً أن يبيع ثمرته ويستثنى منها مكيلة معلومة<sup>(٤)</sup>.

وقد نوقش الاستدلال بهذه الآثار، فقال ابن حزم: «إنما استثنى جد عمرو بن حزم من الثمر الذي باعه خمس المبيع، وهذا جائز حسن، وأما الرواية عن عبد الله بن عمر فالمالكية أول من خالفها؛ لأنهم لا يجيزون استثناء المجهول، وطعام الفتيان المذكور في الرواية

---

= وغيرهم، وعنه الأعمش ومنصور وغيرهما، اتفقوا على توثيقه، مات في خلافة عمر بن عبد العزيز. انظر تاريخ الثقات (ص ١٩٨)، الثقات (٤/ ٣٣٣)، تهذيب التهذيب (٤/ ١٤٠).

(١) مصنف ابن أبي شيبة (٦/ ٣٣٠ - ٣٣١).

(٢) هو محمد بن عبد الرحمن بن حارثة الأنصاري النجاري أبو الرجال أبو عبد الرحمن، روى عن أمه وعوف بن الحارث وأنس بن مالك وعدة - رضي الله عنهم -، وعنه بنوه ويحيى بن سعيد وجماعة، متفق على توثيقه من الخامسة. الثقات (٧/ ٣٦٦)، الكاشف (٣/ ٦٧) التهذيب (٩/ ٢٩٥ - ٢٩٦)، التقريب (٢/ ١٨٣).

(٣) الموطأ (ص ٤٢٨).

(٤) مصنف ابن أبي شيبة (٦/ ٣٣١)، مصنف عبد الرزاق (٨/ ٢٦٢).

مجهول، سواء كان الاستثناء من الثمرة، أو كان مضافاً إلى الثمن،  
والصحيح عن ابن عمر أنه كره الثنيا، وقال عن حديث سالم: ليس  
فيه تخصيص بثلاث، أو أكثر، أو أقل، والمالكية لا يجيزون ما زاد  
على الثلاث فكيف يحتجون بقول يخالفونه<sup>(١)</sup>.

وقال السبكي وابن قدامة: «يحمل استثناء ابن عمر لطعام الفتيان  
على أنه استثنى نخلاً معيناً بقدر طعام الفتيان»<sup>(٢)</sup>، وفي السنن  
الكبرى للبيهقي: «أن ما نسب إلى عمرة بنت عبد الرحمن هو  
استثناء جزء مشاع»<sup>(٣)</sup>.

### استدلال المالكية بالمعقول:

وللمالكية من المعقول الدال على جواز الاستثناء ما يلي:

١- استثناء قدر معلوم من ثمر الحائط لا يتجاوز ثلث الثمر لا  
يدخل غرراً في المبيع، فلم يمنع صحة العقد، كما لو استثنى جزءاً  
شائعاً<sup>(٤)</sup>.

٢- يصح الاستثناء قياساً على جواز استثناء سواقط الشاة، أو

---

(١) المحلى (٤٤٢/٩ - ٤٤٣)، مصنف ابن أبي شيبة (٣٢٧/٦ - ٣٢٨)،

مصنف عبد الرزاق (٢٦٢/٨).

(٢) المجموع (٤٤٦/١١)، المغني (٢١٣/٤).

(٣) السنن الكبرى للبيهقي (٣٠٤/٥).

(٤) الإشراف (٢٦٥ - ٢٦٦)، المتقى (٢٣٧/٤).

استثناء شجرة معينة .

وتعقب هذا الاستدلال، بأن هذا القياس لا يصح، لأن استثناء الجزء لا يغير حكم المشاهدة، ولا يمنع المعرفة بها بخلاف الكيل المعلوم، ثم إن السواقط والأطراف مما لا يجوز بيعه بانفراده بخلاف المكيل من الثمر، فإنه يجوز العقد عليه بانفراده، والأصل أن ما يجوز العقد عليه بانفراده يجوز استثناءه .

كما أن الباقي بعد إخراج الكيل المعلوم غير مشار إليه ولا معلوم الكيل فكان مجهولاً؛ بخلاف الباقي بعد إخراج الشجرة؛ فإنه معلوم مفرز بالإشارة<sup>(١)</sup>، وقد نفى ابن حزم أن يكون لهم في ذلك دليل أصلاً فقال: «وهذا باطل؛ لأنه لم يوجب ما قالوه لا قرآن، ولا سنة، ولا رواية سقيمة، ولا قول صاحب، ولا قياس، ولا رأي له وجه، ولا لغة أصلاً»<sup>(٢)</sup>، وهذه مبالغة منه رحمه الله لا تقبل .

استدلال الجمهور لعدم جواز استثناء كيل معلوم من ثمرة الحائط المبيع :

استدل الجمهور بحديث النهي عن الثنيا<sup>(٣)</sup>، فإن من قال بجواز

---

(١) المغني (٤/٢١٣)، البناية (٦/٢٤٩-٢٥٠)، نتائج الأفكار بحاشية

فتح القدير (٥/١٠٥-١٠٦) .

(٢) المحلى (٩/٤٣٩) .

(٣) تقدم تخريجه قريباً .

استثناء كيل معلوم من الخاطئ المبيع مخالف لنهي النبي ﷺ عن الثنيا<sup>(١)</sup>.

والجواب عنه : إذا كان استثناء كيل معلوم مخالف لنهي النبي ﷺ ، فهل استثناء جزء مشاع المتفق على جوازه مخالف أيضاً لنهي النبي ﷺ ؟ ثم إن رواية الترمذي ، والنسائي ، وإحدى روايتي البيهقي<sup>(٢)</sup> ، مقيدة بقوله : «إلا أن تعلم» ، وزيادة الثقات يجب قبولها ، وبها صار الحديث دليلاً للمالكية ؛ لأنهم يقولون بجواز استثناء جزء معلوم القدر بالكيل أو الوزن ، في حدود الثلث من مجموع ثمار الخاطئ .

وللمجهور من الأثر ما يلي :

قالوا : إن ابن عمر رضي الله عنهما كان يكره الثنيا في البيع ، ومنع من ذلك أيضاً سعيد بن المسيب ، وقتادة<sup>(٣)</sup> وروى مثله عن الحسن<sup>(٤)</sup> ، وعطاء<sup>(٥)</sup> .

---

(١) بداية المجتهد (٢/ ١٦٤) ، المغني (٤/ ٢١٣) .

(٢) انظر تخريج الحديث قبل قليل .

(٣) مصنف ابن أبي شيبة (٦/ ٣٢٧-٣٢٨) ، مصنف عبد الرزاق (٨/ ٢٦١-

٢٦٢) ، المحلى (٩/ ٤٤١-٤٤٢) .

(٤) المحلى (٩/ ٤٤١-٤٤٢) .

(٥) الأم (٣/ ٦٠) .

وتعقب، بأن ابن عمر رضي الله عنهما اختلف عنه في ذلك،  
وليس في قول ما دون الصحابي حجة.

استدلال الجمهور بالنظر:

وللجمهور من النظر في نفي جواز استثناء كيل معلوم من الحائط  
المبيع ما يلي:

١- قال الشافعي: «إذا باع ثمر حائطه، واستثنى مكيلة منه، كان  
المبيع مجهولاً، فلا تدرى نسبة المستثنى من المستثنى منه، فلا يكون  
البيع جزافاً معلوماً، ولا كيلاً مضموناً، ولا معلوماً، وفي ذلك غرر  
ومخاطرة، فلا يجوز أن يستثنى من الحائط نخلاً لا بعدد، ولا كيل  
بحال، ولا جزءاً إلا جزء معلوم، أو نخل معلوم»<sup>(١)</sup>.

٢- التحديد بالثلث عند المالكية لا معنى له؛ لأن سبيل الثلث وما  
كثر منه وما قل إلا سواء، فكيف افترق؟ فلو كان جاز الثلث ليجوز  
أكثر من الثلث، وإن لم يجز أكثر من الثلث، فلا سبيل إلى جواز  
الثلث أيضاً<sup>(٢)</sup>.

ويرد على الاستدلال السابق، بأن قولكم: «المبيع مجهول» غير  
مسلم؛ لأنه معلوم بالتحري، وأما قولهم: «لا معنى للتحديد

---

(١) الأم (٣/٦٠)، ونحوه في المغني (٤/٢١٣).

(٢) الحجة على أهل المدينة (٢/٥٦٢-٥٦٣).

بالثالث» فغير سليم أيضاً؛ لأن منع الزيادة عن الثالث لا تخفى حكمته في دفع الغرر الفاحش، أما الغرر اليسير فلا سبيل إلا اتقائه في جميع العقود، إذ لو وجب اتقاؤه لعاد على أصله بالبطلان، ولا أحد يقول بذلك.

### الترجيح:

بالنظر إلى أدلة الطرفين تبين لي - والله أعلم - رجحان مذهب الإمام مالك في جواز استثناء كيل معلوم من ثمر الحائط المبيع؛ لظهور دلالة الحديث على مراده، ومع احتمال دلالة على وجوب العلم بقدر المبيع وما استثنى منه، فإنك لا تستطيع نفي شموله للعلم بالمستثنى فحسب، ثم إن التقدير بالتحري يجعل المبيع معلوماً بقدر الإمكان، وهو وسيلة شرعية في التقدير، وعليه فلو قطعنا بحمل الحديث على مراد الجمهور لما كان دالاً على منع استثناء الكيل المعلوم من الحائط المبيع بالتحري، كما تقوى مذهب مالك أيضاً بإجماع أهل المدينة، وهو هنا غير معارض بخبر مرفوع، ولا قياس جلي، بل يصح أن يكون مفسراً لحديث «النهي عن الثنيا في البيع إلا أن تعلم»<sup>(١)</sup>، وبخاصة أن ما ذهبوا إليه أقرب إلى منطوق الحديث، ثم إن تحديد المستثنى بالثالث فما دون، دليل على اتصال النقل به؛ لأن التحديد بالعدد لا يكون إلا عن توقيف.

---

(١) تقدم تخريجه.

### المبحث الثالث

#### حكم الاستثناء من الطعام إذا بيع جزافاً<sup>(١)</sup>

تقدم بيان مذهب مالك أنه يجوز للرجل إذا باع ثمر حائطه أن يستثني منه كيلاً معلوماً لا يزيد عن الثلث، ويجوز عنده أيضاً أن يستثني البائع من طعام باعه جزافاً الثلث فما دونه لا يزيد عليه؛ لأن أهل المدينة لم يختلفوا على جواز استثناء الثلث.

#### توثيق المسألة:

جاء في الموطأ: «قال مالك: ومن باع طعاماً جزافاً لم يستثن منه شيئاً، ثم بدا له أن يشتري منه شيئاً، فإنه لا يصلح أن يشتري منه شيئاً، إلا ما كان يجوز له أن يستثنيه منه، وذلك الثلث فما دونه، فإن زاد على الثلث صار ذلك إلى المزبنة وإلى ما يكره، فلا ينبغي له أن يشتري منه شيئاً، إلا ما كان يجوز له أن يستثني منه، ولا يجوز له أن يستثني منه إلا الثلث فما دونه، وهو الأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا»<sup>(٢)</sup>.

ومحل إجماع أهل المدينة فيما ذكر مالك هو: جواز استثناء

---

(١) الجزاف لفظ فارسي معرب، ومعناه بيع الشيء وشرائه بلا كيل ولا وزن. لسان العرب (٩/٢٦-٢٧).

(٢) الموطأ (ص ٤٥١).



الثالث فما دونه من الصبرة<sup>(١)</sup> المبيعة، أما ما ذكره من منع شراء أكثر من الثالث من الصبرة التي باعها جزافاً، فهو مقيس على العمل وليس منسوباً إليه، وذلك الذي صرح به فقهاء المالكية.

قال محمد بن رشد: «الأصل في هذه المسألة، إجماعهم على أن من باع جزافاً، فلا يجوز له أن يستثني منه كيلاً إلا الثالث فأقل»<sup>(٢)</sup>.

وقال الزرقاني وغيره: «هذا أمر لا اختلاف فيه بالمدينة»<sup>(٣)</sup>.

ولا يختلف حكم الاستثناء من صبرة الطعام المبيعة جزافاً عن حكم الاستثناء من الثمرة المبيعة على رؤوس الشجر الذي تقدم ذكره، وهو مذهب المالكية في كليهما، إلا ما حكي عن ابن الماجشون أنه لا يجوز أن يستثني من الصبرة قليلاً ولا كثيراً، وقيل: هي رواية عن مالك<sup>(٤)</sup>.

مذهب غير المالكية في استثناء كيل معلوم من الصبرة :

ذهب جمهور الحنفية، والحنابلة، وجميع الشافعية، وابن حزم

---

(١) الصبرة: ما جمع من الطعام بعضه على بعض كالكومة بلا كيل ولا

وزن. لسان العرب (٤/ ٤٤١).

(٢) البيان والتحصيل (٧/ ١١٤).

(٣) شرح الموطأ للزرقاني (٣/ ٢٩٨)، أوجز المسالك (١١/ ٢٤٧).

(٤) المنتقى (٤/ ٢٣٧).

الظاهري إلى خلاف مالك فقالوا: لا يجوز ولا يصح بيع الصبرة مع استثناء شيء منها، ولم يوافق أحد مالكا وأصحابه في تحديد المستثنى بالثلث<sup>(١)</sup> فما دون، أما جواز الاستثناء من غير تحديد فقد قال به بعض أهل العلم، منهم ابن سيرين، وسالم بن عبد الله، وبعض الحنفية، ورواية عن الإمام أحمد<sup>(٢)</sup>.

والخلاصة مما تقدم؛ أن الخلاف في الاستثناء من الصبرة المبيعة، كالخلاف في الاستثناء من الثمار المبيعة على رؤوس الشجر.

#### الترجيح:

تقدم عرض أدلة القولين ومناقشتها في المسألة السابقة، وقد ترجح مذهب الإمام مالك القائل بجواز استثناء كيل معلوم لا يجاوز الثلث من ثمر الحائط المبيع، فكذلك هنا؛ لأن دلالة حديث «النهي عن الثنيا في البيع إلا أن تعلم»، على مراد الإمام مالك أقوى، لتحقيق ما شرطه الحديث من العلم بما يستثنى، يضاف إلى ذلك

---

(١) الأم (٨٤/٣)، الحجة (٦٢١/٢)، المجموع (٣١٢/٩)، المحلى (٤٣٧/٩)، المغني (٢١٣/٤-٢١٤)، البناية (٢٤٩-٢٥٠)، الإنصاف (٣٠٤-٣٠٥)، مطالب أولي النهى (٣٥/٣).

(٢) مصنف ابن أبي شيبة (٣٣٠-٣٣١)، مصنف عبد الرزاق (٢٦٢/٨)، المغني (٢١٣/٤)، البناية (٢٤٩-٢٥٠)، الإنصاف (٣٠٤-٣٠٥).

إجماع أهل المدينة، وكون عملهم يصلح مفسراً للحديث، كما أن  
تحديدهم المستثنى بالثلث فما دون لا يكون في الغالب إلا عن توقيف  
ونقل متصل.

## المبحث الرابع

### جنين الحيوان للمشتري ولو لم يشترطه

إذا باع الرجل حيواناً في بطنه جنين بيعاً مطلقاً، دخل الحمل في البيع بالإجماع، وكل ما منع بيعه منفرداً لم يُجزَّ استثنائه في البيع، فلا يصح بيع ناقة أو بقرة إلا حملها، وهو مذهب الإمام مالك الذي لم يختلف عليه أهل المدينة.

#### توثيق المسألة:

جاء في الموطأ: «قال مالك: الأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا؛ أن من باع وليدة أو شيئاً من الحيوان وفي بطنها جنين، أن ذلك الجنين للمشتري، اشترطه المشتري أو لم يشترطه»<sup>(١)</sup>.

ولا خلاف فيما ذكره الإمام عند أصحابه وأهل مذهبه<sup>(٢)</sup>.

مذهب غير المالكية في حكم استثناء الحمل في البيع:

تقدم أن بيع الحامل بيعاً مطلقاً يدخل الحمل في البيع تبعاً بلا خلاف بين المسلمين، فقد أجمعت الأمة كافة على ذلك.

ووافق مالكا في عدم جواز استثناء الحمل في البيع أبو حنيفة وأصحابه، وهو الصحيح عند جمهور الشافعية، والأصح عند أكثر الحنابلة.

---

(١) الموطأ (ص ٥١٧).

(٢) المنتقى (٥/ ٢٤١-٢٤٢)، بداية المجتهد (٢/ ١٦٣)، الأبي (٤/ ٢١٠).

وخالف الجمهورَ طائفةٌ من أهل العلم، فقالوا بجواز بيع الحامل دون حملها.

ومن قال بذلك: بعض الشافعية، والنخعي، والحسن، وإسحاق، وأبو ثور، وداود، وابن حزم، ورواية مرجوحة عن الإمام أحمد<sup>(١)</sup>.

وفيما يلي عرض أدلة القولين ومناقشتها:

أدلة مالك والجمهور على منع استثناء الحمل في البيع:

استدل الجمهور بالمنقول والمعقول وذلك كما يلي:

أولاً - من السنة الحديثان الآتيان:

الحديث الأول: نهى ﷺ عن الثنيا في البيع إلا أن تعلم، والحمل مجهول، فمنع استثناءه بنص الحديث<sup>(٢)</sup>.

الحديث الثاني: عن أبي سعيد الخدري قال: «نهى النبي ﷺ

---

(١) عمدة القارئ (١١/٢٨٩)، بدائع الصنائع (٧/٣٠٨٦-٣٠٨٧)،  
البنية (٦/٢٣٩)، (٧/٨٥٢)، المجموع (٩/٣٢٤-٣٢٥)، فتح العزيز  
(٨/٢٠٦-٢٠٧)، مغني المحتاج (٢/٣٥)، المغني (٤/٢١٤-٢١٥)،  
الشرح الكبير مع المغني (٤/٢٧-٣٢)، الإنصاف (٤/٢٠٨)، المحلى  
(٩/٣٧٨-٣٨٤)، بداية المجتهد (٢/١٦٣).  
(٢) المغني (٤/٢١٤).

عن شراء ما في بطون الأنعام حتى تضع»<sup>(١)</sup>، وفيه دليل على أنه لا يصح شراء الحمل وهو مجمع عليه للغرر وعدم القدرة على التسليم، والحمل مما لا يجوز إفراده بالعقد، فلا يجوز استثنائه كأعضاء الحيوان<sup>(٢)</sup>.

ثانياً - أن أهل العلم لا يجوزون ارتهان ما في بطون الإناث، مع تجويزهم ارتهان غلّة الدّور، وغلّة الغلام، وثمرّة النّخل التي لم يبد صلاحها، وعليه فإن بيع الحمل منفرداً لا يصح من باب أولى؛ لأنه جزء معين من الحيوان فأشبهه اليد والعضو<sup>(٣)</sup>.

أدلة المجيزين لاستثناء الحمل في البيع:

استدل المخالفون للجمهور بما يلي:

---

(١) رواه الإمام أحمد في مسنده (٤٢/٣)، وابن ماجه في سننه، أبواب التجارات. باب النهي عن شراء ما في بطون الأنعام (١٥/٢)، ورواه الدارقطني في سننه، كتاب البيوع (١٥/٣)، ورواه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب البيوع - باب النهي عن بيع الغرر (٣٣٨/٥)، وقد ضعفه جماعة من أهل العلم، قال البيهقي: «إسناده غير قوي»، وقال ابن حزم: «فيه جهضم، ومحمد بن إبراهيم، ومحمد بن زيد العيادي وهم مجهولون، وشهر متروك»، وقال ابن حجر: «إسناده ضعيف». السنن الكبرى (٣٣٨/٥)، المحلى (٣٦٤/٩)، بلوغ المرام (ص ١٦٧-١٦٨).

(٢) فتح العزيز مع المجموع (٢٠٦/٨)، نيل الأوطار (٢٤٥/٥-٢٤٦).

(٣) المدونة (٣٧٦/٤)، المنتقى (٢٤١/٥)، فتح الباري (٣٥٧/٤)، النووي على مسلم (١٩١/١٠).

أولاً: أن ابن عمر باع أمة واستثنى ما في بطنها، وقد صح عنه في العتق أيضاً، وهذا قول صاحب لا يعرف له مخالف من الصحابة، وبمثله قال إبراهيم النخعي، والحسن البصري<sup>(١)</sup>.

ثانياً: ولأن الحمل يصح استثنائه في العتق، فصح في البيع قياساً عليه<sup>(٢)</sup>.

ثالثاً: لما جاز لمن باع نخلاً أن يشترط الثمرة، فكذلك يجوز لمن باع حاملاً أن يشترط الحمل لنفسه.

ما يرد على هذه الأدلة:

أورد الجمهور على الأدلة السابقة ما يلي:

قالوا: إن ما نسب إلى ابن عمر من بيع الجارية واستثناء ما في بطنها، يرده ما صح من حديث ابن عمر أنه أعتق جارية واستثنى ما في بطنها؛ لأن الثقات الحفاظ حدثوا بالحديث فقالوا: أعتق جارية، والإسناد واحد، ولو صح ما زعموه ما قامت به حجة في مخالفة الأصول الثابتة، ولا يلزم من الصحة في العتق الصحة في البيع؛ لأن العتق لا تمنعه الجهالة، ولا العجز عن التسليم، ولا تعتبر فيه شروط

---

(١) مصنف ابن أبي شيبة، كتاب البيوع والأقضية (٦/١٥٢-١٥٤)،

٤٢٩-٤٣١)، مصنف عبد الرزاق (٩/١٧٢-١٧٣)، السنن الكبرى للبيهقي

(١٠/٢٨٠)، المحلى (٩/٣٨٢-٣٨٤)، عمدة القارئ (١١/٢٨٩).

(٢) المغني والشرح الكبير (٤/٢١٥).

البيع ، وليس النخل مثل الحيوان ، ولا الثمر مثل الجنين في بطن أمه ، فلا يصلح القياس عليهما لافتراق حكميهما ، فإن الثمر يجوز رهنه دون النخل ، ولم يقل أحد بجواز رهن الجنين في بطن أمه دونها ، ثم إن خروج الثمر يشبه ولادة الحيوان ، أما قبل الولادة فيشبه الثمر قبل خروجه<sup>(١)</sup>.

#### الترجيح :

لا يرتاب من تأمل الأدلة السابقة في رجحان مذهب مالك والجمهور القاضي بمنع استثناء الحمل في البيع ، وذلك للخبر الصحيح في منع الشئ المجهولة في البيع ، وما تلاه من نظر صحيح ، مع ما ثبت من إجماع أهل المدينة ، واتفاق المذاهب الأربعة عليه ، وهو ما جعل القول المخالف مهجوراً قد أعرض عنه الناس وتركوه ، حتى كاد أن يكون في عداد الشاذ من الأقوال .

---

(١) الموطأ (ص ٥١٧) ، الزرقاني (٦/٤) ، بداية المجتهد (٢/١٨٩) ، المغني والشرح الكبير (٤/٣٢ ، ٢١٥) .



## المبحث الخامس

### حكم بيع الطعام على التصديق في كيله

حرصت الشريعة الإسلامية على ضبط المقادير في البيع والشراء بالكيل والوزن ونحوهما، تأميناً للمعاملات، ومنعاً للغبن والخيف، فأوجبت الكيل عند التعاقد على شراء المبيع على الكيل قبل التصرف فيه ببيع أو غيره، وقد منع الجمهور بيع المكيل على تصديق البائع بقدره من غير إعادة كيله، وأجاز الإمام مالك ذلك إذا كان الثمن نقداً، ومنعه فيما لو كان الثمن مؤجلاً، وعمدته في منع هذه الصورة عمل أهل المدينة الذي لا اختلاف فيه عندهم.

#### توثيق المسألة:

« قال مالك في الذي يشتري الطعام فيكتاله، ثم يأتيه من يشتريه منه فيخبر الذي يأتيه: أنه اكتاله لنفسه واستوفاه، فيريد المبتاع أن يصدقه ويأخذ بكيله، إن ما بيع على هذه الصفة إلى أجل فإنه مكروه حتى يكتاله المشتري الآخر لنفسه، وإنما كره الذي إلى أجل؛ لأنه ذريعة إلى الربا، وتخوف أن يدار ذلك على هذا الوجه بغير كيل ولا وزن، فإن كان إلى أجل فهو مكروه، ولا اختلاف فيه عندنا»<sup>(١)</sup>.

---

(١) الموطأ (ص ٤٦٩-٤٧٠).

قال الزرقاني: «كراهة بيع الطعام بغير كيل ولا وزن إلى أجل لا اختلاف فيه بالمدينة»<sup>(١)</sup>.

ولم يختلف المالكية في منع ما بيع نسيئة على التصديق، وعندهم بعض خلاف في جواز البيع على التصديق نقداً<sup>(٢)</sup>.

مذهب غير المالكية في بيع الطعام على التصديق مع تأجيل الثمن:

لا خلاف عند الجمهور بما فيهم الحنفية، والشافعية، والحنابلة في منع بيع ما منعه الإمام مالك؛ لأن الجمهور لا يجيز بيع المكيل على التصديق نقداً، فإذا بيع نسيئة كان المنع من باب أولى<sup>(٣)</sup>.

وعليه فلا خلاف بين القدر المنسوب إلى إجماع أهل المدينة وما عليه سائر أهل العلم، وإنما خالف مالك وأصحابه الجمهور فيما يرونه من جواز بيع المكيل نقداً على التصديق، وفيما يلي عرض الأدلة المؤيدة لمذهب الجمهور في منع المكيل على التصديق مطلقاً، وهي أدلة أيضاً للقدر المنسوب إلى عمل أهل المدينة من باب أولى.

---

(١) شرح الوطأ (٣/٣٢٧).

(٢) المتقى (٥/٧٥).

(٣) الحجة (٢/٦٩٦-٦٩٧)، المحلى (٩/٥٩٣، ٦٠١)، المجموع (٩/٢٧٨-٢٧٩، ١٠/٢٤٨-٢٤٩)، بدائع الصنائع (٧/٣٢٤٩)، الشرح الكبير مع المغني (٤/٣٦، ١٢٠، ٢٢٠)، البناية (٦/٥١٠، ٥١١، ٥١٣).

### أدلة منع بيع المكيل على التصديق في كيله :

أولاً: قوله عليه الصلاة والسلام لعثمان: «إذا بعت وإذا ابتعت، فاكتل»<sup>(١)</sup> ودلالة الحديث صريحة على أن من اشترى شيئاً مكيلاً، ثم باعه إلى غيره، لم يجز تسليمه بالكيل الأول حتى يكيله من اشتراه ثانية<sup>(٢)</sup>.

قال ابن حجر: «الزيادة التي في رواية الليث قاطعة الدلالة على ما أشار إليه البخاري في الترجمة بقوله: الكيل على البائع والمعطي، ولفظها: «أن عثمان قال: كنت أشتري التمر من سوق بني قينقاع،

---

(١) رواه البخاري تعليقاً في كتاب البيوع. باب الكيل على البائع والمعطي (٣/ ٨٨)، ورواه ابن ماجه في كتاب التجارات. باب بيع المجازفة (٢/ ٢١)، ورواه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب البيوع. باب الرجل يبتاع الطعام كيلاً (٥/ ٣١٥)، وأعله بعضهم بمنقذ مولى سراقه وهو مجهول، لكن كثرة طرقه موقوفاً وموصولاً، ورواية البخاري له تعليقاً تدفع كل شبهة في تضعيفه. فتح الباري (٤/ ٣٤٣-٣٤٤)، نيل الأوطار (٥/ ٢٦٠)، قال البيهقي: «روي موصولاً، إذا ضم بعضها إلى بعض قوي»، السنن الكبرى (٥/ ٣١٥-٣١٦)، وقال الهيثمي: «إسناده حسن»، مجمع الزوائد (٤/ ٩٨)، وبالإضافة إلى كثرة طرقه فإن له شواهد صحيحة وقد تلقاه الأئمة بالقبول وعليه استقر عمل الجمهور. تلخيص الحبير (٣/ ٢٧)، نتائج الأفكار (٥/ ٢٦٧-٢٦٨).

(٢) المغني (٤/ ٣٦)، مطالب أولي النهى (٣/ ١٤٩-١٥٠)، نيل الأوطار (٥/ ٢٦٠).

ثم أجلبه إلى المدينة، ثم أفرغه لهم، وأخبرهم بما فيه من المكيلة، فيعطوني ما رضيت به من الربح فيأخذونه، ويأخذونه بخبري، فبلغ ذلك النبي ﷺ، فقال: «إذا بعث فكل، وإذا ابتعت، فاكتل»، وبها يظهر أن المراد تعاطي الكيل حقيقة، لا خصوص طلب عدم الزيادة والنقصان»<sup>(١)</sup>.

ثانياً: روى أبو هريرة رضي الله عنه، أن النبي ﷺ قال: «من اشترى طعاماً فلا يبعه حتى يكتاله»<sup>(٢)</sup>، وهذا الحديث الصحيح ظاهر الدلالة على أن المشتري الثاني لا يقبض ما اشتراه من الطعام على الكيل، إلا بكيل مستقل؛ لأن الكيل قد يزيد وينقص<sup>(٣)</sup>.

ثالثاً: ما روي عن جابر رضي الله عنه أنه قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان؛ صاع البائع، وصاع المشتري»<sup>(٤)</sup>، ووجه الدلالة منه ظاهر فيمن اشترى مكيلاً

---

(١) صحيح البخاري، كتاب البيوع (٣/٨٨)، فتح الباري (٤/٣٤٣-٣٤٥).

(٢) صحيح مسلم، كتاب البيوع-باب بطلان المبيع قبل القبض (٣/١١٦٢).

(٣) الحجة (٢/٦٩٧-٦٩٩)، بدائع الصنائع (٧/٣٢٤٩-٣٢٥٠)، الزرقاني (٣/٣٢٧).

(٤) رواه ابن ماجه في سننه، أبواب التجارات-باب النهي عن بيع الطعام قبل أن يقبض (٢/٢٠)، ورواه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب البيوع-باب الرجل =

فاكتاله ، ثم باعه من غير مكايلة ، فإنه لا يجوز لهذا المشتري التصرف فيه بكيله ، ولا يكتفى باكتيال بائه وإن كان حاضراً<sup>(١)</sup> .

رابعاً : ثبت عن أكثر أهل العلم من السلف والخلف ، عدم جواز التصرف فيما بيع على الكيل حتى يكال ، فقد سئل ابن عمر رضي الله عنهما عن من اشترى طعاماً وقد شهد كيله ؟ فقال : « لا حتى يجري فيه الصاعان » .

وروي مثله عن الشعبي ، وسعيد بن المسيب ، ومحمد بن سيرين ، والحسن البصري ، وعطاء ، وبه قال أبو حنيفة ، والشافعي ، وأحمد ، وأصحابهم ، وإسحاق ، وأبو سليمان ، وأبو محمد بن حزم<sup>(٢)</sup> .

---

= يتناع الطعام كيلاً . . . (٣١٥-٣١٦/٥) ، ورواه الدارقطني في كتاب البيوع (٨/٣) ، وهذا الحديث معلول بابن أبي ليلى ، وهو من حديث أنس وابن عباس ضعيف كذلك . نصب الراية (٤/٣٤-٣٥) ، وروي عن أبي هريرة رضي الله عنه بإسناد حسن ولفظه : « نهى النبي ﷺ عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان ، فيكون للبائع الزيادة وعليه النقصان » . السنن الكبرى ، بيوع- باب الرجل يتناع طعاماً كيلاً (٣١٦/٥) ، نصب الراية (٤/٣٤-٣٥) ، تلخيص الحبير (٣/٣٧) ، نيل الأوطار (٥/٢٦٧) .

(١) بدائع الصنائع (٧/٣٥٢) ، البناية (٦/٥١٠-٥١١) ، المغني والشرح الكبير (٤/٢٢٠-٢٢١) ، نيل الأوطار (٥/٢٦٠) .

(٢) مصنف ابن أبي شيبة (٦/٢٦، ٢٧، ٢٨) ، المحلى (٩/٦٠١-٦٠٢) .

خامساً: وللجمهور من صحيح النظر ما يلي:

١- قال محمد بن الحسن: لو أعيد الكيل بعد شرائه على التصديق فوجده ناقصاً، فهل يُلزمه بجميع الثمن؟ أم يلزمه بحصته ويحط عنه ثمن النقصان؟ وهذا يفضي إلى الجهل بالثمن؛ لأن ما قابل النقصان من الثمن متردد بين ملكية البائع والمشتري.

٢- دخول النقصان على الطعام فيما بين الكيلين محتمل، فقد يكون الطعام ندياً فييس، أو يسرق بعضه، فوجب الكيل.

٣- الكيل من تمام القبض؛ لأنه من المعقود عليه، وبه يتميز حق المشتري من حق البائع، وإذا لم يفعل لم يتم قبضه، فيفضي إلي بيع الطعام قبل قبضه، وهو ممنوع بالإجماع<sup>(١)</sup>.

مناقشة القول بجواز تصديق المشتري البائع فيما اكتاله إذا كان البيع نقداً

مع ما تقدم من المنقول والمعقول، لم يبق شك في أن منع بيع المكيل نسيئة على التصديق ليس إجماعاً لأهل المدينة وحدهم، بل هو إجماع الأمة بأسرها.

أما ما رآه الإمام مالك وأكثر أصحابه من جواز بيع المكيل نقداً

---

(١) الحجة على أهل المدينة (٢/٦٩٩)، بدائع الصنائع (٧/٣٢٥٠)، نتائج الأفكار بحاشية شرح فتح القدير (٥/٢٦٨).

على التصديق فلم أجد لهم - حسب اطلاعي - دليلاً يسنده، إلا ما ذكر أن الذريعة إلى ما لا يجوز فيما بيع نقداً على التصديق غير ظاهرة؛ لأن علة المنع هي: الخشية من إدارة الطعام بغير كيل، فيفضي إلى الربا المحرم، وبيع الطعام قبل قبضه، وذلك لا يظهر في الغالب إلا إذا كان الثمن مؤجلاً، أما إذا كان البيع نقداً فيتبني هذا المحذور، والحكم يجري مع العلة وجوداً وعدمًا<sup>(١)</sup>.

وتعقب هذا الاستدلال، بأن إدارة الطعام على وجه لا يجوز محتملة كذلك فيما بيع نقداً، فلو جاز ذلك بالنقد ليجوزن بالنسيئة، ولا فرق<sup>(٢)</sup>.

ورد ابن حزم على تفريق مالك بين ما بيع نقداً فيجوز تصديق البائع في كيله، وما بيع نسيئة فلا يصدق ويجب الكيل بقوله: «وهذا قول لا نعلمه عمن قبله، وخالف فيه صحابياً لا يعرف له مخالف منهم، وخالف جمهور العلماء، وما نعلم لقوله حجة أصلاً لا من نص قرآن، ولا سنة، ولا رواية سقيمة، ولا قياس، ولا رأي له وجه»<sup>(٣)</sup>.

---

(١) المنتقى (٥/٧٥)، الزرقاني (٣/٢٢٧).

(٢) الحجة على أهل المدينة (٢/٦٩٦-٩٦٧).

(٣) المحلى (٩/٦٠٢).

## المبحث السادس

### عدم جواز بيع الطعام قبل قبضه

يختلف حكم بيع المبيع قبل القبض باختلاف الشيء المبيع بين عقار ومنقول، فمن العلماء من منع بيع كل مبيع قبل القبض عقاراً كان أم منقولاً، ومنهم من منعه في جميع المنقول، وخص الإمام مالك رحمه الله المنع بالطعام فلم يجز بيعه قبل قبضه، وأجازه فيما سوى ذلك، لأن أهل المدينة مجمعون على عدم جواز بيع الطعام قبل استيفائه.

#### توثيق المسألة:

جاء في الموطأ: «قال مالك: الأمر بالمجتمع عليه عندنا الذي لا اختلاف فيه، أنه من اشترى طعاماً، برأ، أو شعيراً، أو سلتاً<sup>(١)</sup>، أو ذرة، أو دخناً<sup>(٢)</sup>، أو شيئاً من الحبوب القطنية، أو شيئاً مما يشبه القطنية مما يجب فيه الزكاة، أو شيئاً من الأدم كلّها، والزيت، والسمن، والعسل، والخل، والجبن، والشيرق<sup>(٣)</sup>، واللبن، وما

---

(١) السلت: ضرب من الشعير، وقيل: هو الشعير بعينه، وقيل: هو الشعير الحامض، وقيل: هو شعير لا قشر له أجرد كأنه الحنطة. لسان العرب (٤٥/٢).

(٢) الدخن: حب الجاورس وواحدته دخنة. لسان العرب (١٣/١٤٩)، وهو حب صغير فوق حب البرسيم، طعام السودان. الشرح الصغير (٣/٧٤).

(٣) الشيرق: ويسمى أيضاً السيرج والشيرج: وهو دهن السمسم. محيط (٤٤٥).



أشبه ذلك من الأدم، فإن للبائع لا يبيع شيئاً من ذلك حتى يقبضه ويستوفيه»<sup>(١)</sup>.

قال الباجي: «وهذا كما قال: إن ما ذكر من المقتات لا اختلاف في أنه لا يجوز بيعه قبل استيفائه، وأن ذلك مجمع عليه»<sup>(٢)</sup>، وقد اتصل العمل في المدينة كابراً عن كابر، فلا احتمال لنسخه أو معارضته<sup>(٣)</sup>.

والحكمة من منع بيع الطعام قبل استيفائه غير خافية، فمع خوف التعامل بالعينة فيه، فللشارع غرض آخر كظهوره للفقراء، أو تقوية قلوب الناس، لا سيما في زمن الشدة والمسغبة، وكثرة المتفعين بقبضه قبل البيع من كيال، وحمال، فلو أبيح بيعه قبل قبضه لاحتكره أرباب الأموال بينهم، فلا تحصل تلك المنافع، وقال بعض المالكية: «النهى عنه تعبدى»<sup>(٤)</sup>، ولو صح لم يمنع حصول تلك المنافع الظاهرة وغيرها مما يخفى عن إدراكنا، والقبض عند مالك يكون في المكيل والموزون دون الجزاف؛ لأن المراد من القبض عنده وعند أصحابه الاستيفاء، فهو المعروف من كلام العرب، والاستيفاء لا يكون إلا

---

(١) الموطأ (ص ٤٤٣ - ٤٤٤).

(٢) المتقى (٤/٢٨٩).

(٣) الزرقاني (٣/٢٨٨).

(٤) الزرقاني (٣/٢٨٧)، الأبي (٤/١٩٠).

بالكيل والوزن، وعليه فإن ما يبيع من الطعام جزافاً لا يحتاج إلى كيل، فلم يبق فيه إلا التخلية، وبها يستوفى<sup>(١)</sup>.

ولا يعني قول مالك هذا أنه خرق الإجماع الذي قرره حين ذكر إجماع أهل المدينة على منع بيع الطعام قبل قبضه، وإنما مراده أن قبض كل شيء بحسبه، وعليه فمحل النزاع هنا خاص بكيفية القبض، لا بأصل المنع من بيع الطعام قبل قبضه.

#### مذهب غير المالكية:

أجمع أهل العلم بما فيهم الحنفية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية على منع بيع الطعام قبل قبضه، إلا ما يحكى عن عثمان البتي؛ فإنه أجاز البيع قبل القبض في كل شيء، قال ابن المنذر: «أجمع العلماء على أن من اشترى طعاماً، فليس له بيعه حتى يقبضه»<sup>(٢)</sup>.

وقال ابن رشد: «العلماء مجمعون على منع بيع الطعام قبل قبضه، إلا ما ذكر عن عثمان البتي»<sup>(٣)</sup>.

وقال ابن قدامة: «لم أعلم بين أهل العلم خلافاً، إلا ما يحكى عن البتي أنه أجاز بيع كل شيء قبل قبضه»<sup>(٤)</sup>.

---

(١) التمهيد (١٣/٣٣٦)، الزرقاني (٣/٢٨٧).

(٢) انظر المجموع (٩/٢٧٠).

(٣) بداية المجتهد (٢/١٤٤).

(٤) المغني مع الشرح الكبير (٤/٢٢٠).

وقال النووي: «لم يحك الأكترون مذهب عثمان البتي، بل نقلوا الإجماع على بطلان بيع الطعام قبل قبضه»<sup>(١)</sup>.

وإذا كان حكم بيع الطعام قبل قبضه محل إجماع بين العلماء إلا من شدّ، فإن ما زاد على الطعام قد اختلف فيه على مذاهب؛ فقال الحنفية: لا يجوز بيع قبل القبض إلا في العقار، وقال الشافعية: لا يصح البيع قبل القبض في كل شيء؛ طعاماً كان، أو منقولاً، أو عقاراً، وقال الحنابلة: كل ما يحتاج إلى قبض لم يجز بيعه قبل قبضه<sup>(٢)</sup>، وهذا الخلاف فيما سوى الطعام لا يعنينا في هذا البحث، أما الخلاف في الطعام فليس بشيء؛ لأنه قول شاذ مخالف للحديث والإجماع فيترك، ولا يلتفت إليه<sup>(٣)</sup>، فلم يبق إلا عرض مزيد من الأدلة للقول المجتمع عليه، وفيما يلي ذلك:

---

(١) النووي على مسلم (١٠/١٦٩ - ١٧٠).

(٢) الأم (٣/١٣٣)، الإشراف (١/٢٦٦)، المحلى (٩/٥٩٢-٥٩٧)، النووي على مسلم (١٠/١٦٩ - ١٧٠)، المجموع (٩/٢٧٠)، شرح فتح القدير (٥/٢٦٤ - ٢٦٥)، بدائع الصنائع (٧/٣٠٩٧ - ٣٠٩٨)، اللباب (٢/٥٢٧ - ٥٢٨)، الشرح الكبير (٢/٢٢٠)، مطالب أولي النهى (٣/١٤٣)، أوجز المسالك (١١/١٩٩ - ٢٠٠).

(٣) النووي على مسلم (١٠/١٦٩، ١٧٠)، الشرح الكبير مع المغني (٤/٢٢٠)، الزرقاني (٣/٢٨٧)، نيل الأوطار (٥/٢٥٧).

## أدلة منع بيع الطعام قبل قبضه :

جاء من حديث ابن عمر، وابن عباس رضي الله عنهم أن رسول الله ﷺ : « نهى أن يبيع الرجل طعاماً حتى يستوفيه » ، وفي رواية « حتى يقبضه » ، وفي رواية ثالثة « حتى يكتاله » ، وللحديث مخرج أخرى عن جابر، وأبي هريرة، وحكيم بن حزام<sup>(١)</sup> ، وفي رواية عند النسائي : « نهى أن يبيع أحد طعاماً اشتراه بكيل حتى يستوفيه »<sup>(٢)</sup> ، وهذا الحديث من أصح ما ثبت عن النبي ﷺ ، وفيه التصريح بالنهى عن بيع الطعام قبل قبضه في جميع طرقه ، والنهى يقتضي التحريم بحقيقته ، فدل دلالة قطعية على أن من اشترى طعاماً فلا يجوز له أن يبيعه حتى يقبضه ، وعلى هذا أجمع العلماء إلا من شذ<sup>(٣)</sup> .

(١) صحيح البخاري، كتاب البيوع-باب ما يذكر في بيع الطعام والحكرة، وباب بيع الطعام قبل أن يقبض (٣/٨٩-٩٠) وفي صحيح مسلم، كتاب البيوع-باب بطلان بيع المبيع قبل القبض (٣/١١٥٩-١١٦٢)، وفي سنن أبي داود، كتاب البيوع-باب بيع الطعام قبل أن يستوفى (٣/٦٠-٦٤)، وسنن الترمذي، أبواب البيوع-باب ما جاء في كراهية بيع الطعام حتى يستوفيه (٤/٢٩١)، والنسائي، بيوع-باب بيع الطعام قبل أن يستوفى (٧/٢٨٥-٢٨٦)، وفي سنن ابن ماجه، أبواب التجارات-باب النهي عن بيع الطعام قبل القبض (٢/٢٠)، وفي مسند الإمام أحمد (١/٢٧٠، ٢/٢٢) .

(٢) سنن النسائي، بيوع-باب النهي عن بيع ما اشترى من الطعام بكيل حتى يستوفى (٧/٢٨٦)، ومثله في أبي داود، المرجع السابق .

(٣) التمهيد (١٣/٣٣٧)، فتح الباري (٤/٣٤٩-٣٥٠)، الإشراف (١/٢٦٦)، عمدة القارئ (١١/٢٥٤)، تلخيص الحبير (٣/٢٤-٢٥) =

وقد رد أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه طعاماً باعه حكيم بن حزام قبل أن يستوفيه، وقال له: «لا تبع طعاماً ابتعته حتى تستوفيه»<sup>(١)</sup>.

ولأن الطعام قبل القبض من ضمان البائع، فامتنع بيعه كالسلم<sup>(٢)</sup>، وقد تقدم تصريح العلماء بالإجماع، فمن خالف بعد هذا كله فلا اعتداد بمقالته، لمخالفة السنة الصحيحة والإجماع إلى غير دليل، ولعل الحديث لم يبلغ عثمان البتي حتى نزع بهذا القول الشاذ المهجور<sup>(٣)</sup>.

---

= النووي على مسلم (١٠/١٦٨)، بداية المجتهد (٢/١٤٤)، الزرقاني (٣/٢٧٧-٢٧٨)، نيل الأوطار (٥/٢٥٦-٢٥٧).

(١) الموطأ (٤٤٢).

(٢) الشرح الكبير مع المغني (٤/٢٢٠).

(٣) المرجع السابق.

## المبحث السابع

### عدم جواز بيع الفاكهة قبل قبضها

تقدم بحث حكم بيع الطعام قبل قبضه ، والفاكهة داخلة في معنى الطعام ، ولما كانت الفواكه تختلف عن الطعام الربوي في بعض الأحكام ، احتاج الأمر إلى أن يخص الإمام مالك الفاكهة بالذكر فقال : « الأمر المجتمع عليه عندنا ؛ أن من ابتاع شيئاً من الفاكهة من رطبها ويابسها ، فإنه لا يبيعه حتى يستوفيه »<sup>(١)</sup>.

قال الباجي : « نص الإمام مالك على الفواكه ليلحقها بما تقدم من قوله في الطعام المقتات »<sup>(٢)</sup>.

وفي رواية لابن وهب عن مالك : أنه يجوز بيع المطعوم الذي لا يجري فيه الربا قبل قبضه<sup>(٣)</sup>.

لكن المشهور عند مالك وأصحابه تعميم المنع في الربوي وغيره ، قال محمد بن رشد : « وأما بيع الطعام قبل استيفائه ، فلا يجوز بحال ، اتفقت أصنافه أو اختلفت ، كان مما يدخر أو مما لا يدخر »<sup>(٤)</sup>.

---

(١) الموطأ (ص ٤٣٥).

(٢) المنتقى (٤/٢٥٦).

(٣) المنتقى (٤/٢٧٩)، الأبي (٤/١٨٩).

(٤) المقدمات (٢/٥٢٢).

وقال ابن عبد البر: «كل ما ابتعت من الطعام على الكيل، أو على الوزن، أو على العدد، لم يجز بيع شيء من ذلك حتى يقبضه ويستوفيه، وهذا حكم جميع المأكول والمشروب من القوت والإدام، ادخر أو لم يدخر، كان أصلاً للمعاش أم لم يكن، فاكهة كان أو قوتا أو إداماً» (١).

وحكم الفاكهة عند غير المالكية كحكم المطعوم من غيرها، فلا يجوز بيع شيء مما اشترى منها قبل قبضه إلا ما ذكرناه من مقالة عثمان البتي، وقد تقدم ذلك كله.

الاستدلال لإلحاق الفاكهة بغيرها من أنواع الطعام في حكم البيع قبل القبض:

لا يجوز بيع الفاكهة قبل الاستيفاء لأنها من الطعام، وقد نهى النبي ﷺ عن بيعه قبل قبضه كما تقدم.

ولم يفرق علماء الأمة حين أجمعوا على عدم جواز بيع الطعام قبل قبضه بين الفاكهة وغيرها؛ لأن الفاكهة مطعوم مثل الذي يجري فيه الربا سواء بسواء.

---

(١) الكافي (٢/٦٦٢).

## المبحث الثامن

### لا يباع طعام بطعام إلا يداً بيد

الطعام في اللغة: اسم جامع لكل ما يقتات ويؤكل، وقيل: هو البرُّ خاصة، وخصه بعضهم بالتمر<sup>(١)</sup>، والطعام الربوي عند المالكية: هو ما كان مطعوماً للآدمي على غير وجه التداوي<sup>(٢)</sup>، وقد ثبت قطعياً عن النبي ﷺ في أحاديث كثيرة تحريم الربا في أربعة أشياء من المطعومات وهي: البر، والشعير، والتمر، والملح، بالإضافة إلى الذهب، والفضة، فهذه الستة محل إجماع من الأمة، وقد قصر أهل الظاهر تحريم الربا عليها، بناء على أصلهم في نفي القياس، وقال سائر أهل العلم سواهم: لا يختص الربا بالستة المذكورة، بل يتعدى إلى ما في معناها في كل ما شاركها في العلة، إلا أنهم اختلفوا في العلة التي هي سبب تحريم الربا في الستة المذكورة<sup>(٣)</sup>، وإذا كان الربا ينقسم إلى ربا فضل وربا نسيئة، فإن تحديد دائرة كل منهما قد وسعت مجال الخلاف أكثر، ومما لا شك فيه أن دائرة ربا النسيئة أوسع من دائرة ربا الفضل؛ لأن التفاضل يمنع في الجنس الواحد، أما النساء فيكون مع اختلاف الجنس أيضاً، ولا خلاف بين

---

(١) لسان العرب (١٢/٣٦٣ - ٣٦٤).

(٢) الشرح الصغير (٣/٧٢).

(٣) النووي على مسلم (١٠/٩ - ١٠).



أهل العلم أن التأخير والنَّظرة يمنع في بيع النقد بالنقد، اتحد الجنس أم اختلف، أما فيما سوى النقيدين فقد اختلفت الأقوال والآراء، وتحصيل مذهب الإمام مالك رحمه الله في ذلك: أنه لا يباع مطعوم بمطعوم من جنسه أو غير جنسه إلا يداً بيد، سواء كان مما يمنع التفاضل في الجنس الواحد كالمقنات والمدخر من حنطة، وشعير، وسلت، وذرة، ودخن، وأرز، وقطاني<sup>(١)</sup>، وتمر، وزبيب، وأدم، أم كان مما لا يدخر كالفواكه والخضروات، فلا يجوز في شيء من ذلك التأخير والنَّظرة، ولا أن يفارق أحد المتبايعين صاحبه حتى يقبض منه كالصرف<sup>(٢)</sup>، وعلى هذا أطبق أهل المدينة، وبه اتصل عملهم.

#### توثيق المسألة:

قال مالك: «الأمر المجتمع عليه عندنا؛ أن لا تباع الحنطة بالحنطة، ولا التمر بالتمر، ولا الحنطة بالتمر، ولا التمر بالزبيب، ولا شيء من الطعام كله إلا يداً بيد، فإن دخل شيئاً من ذلك الأجل، لم يصلح وكان حراماً، ولا شيء من الأدم كلها إلا يداً بيد»<sup>(٣)</sup>.

وقال ابن عبد البر: «وذهب مالك وأهل المدينة، وأكثر العلماء

---

(١) القطاني: هي الحبوب التي تدخر كالحمص، والعدس، والجلبان، والباقلی، والترمس، والدخن، والأرز. لسان العرب (١٣/ ٣٤٤ - ٣٤٥).

(٢) الكافي (٢/ ٦٤٦ - ٦٤٧)، المنتقى (٣/ ٥).

(٣) الموطأ (ص ٤٤٧).

إلى أن العمل في الطعام كالعمل في الذهب والورق سواء يدا بيد»<sup>(١)</sup>، وبهذا قال سائر أصحاب مالك وأتباعه<sup>(٢)</sup>.

### مذهب غير المالكية في بيع الطعام بالطعام نسيئة:

وافق الشافعي مالكا على أن التأخير والنظرة في بيع الطعام بالطعام لا يجوز، وهذا قوله الجديدي الذي نصره أصحابه، لكنه يخالف مالكا في دائرة ربا الفضل فهي عنده أوسع؛ لأنه يمنع التفاضل في الطعام كله ولو كان من غير المقتات والمدخر<sup>(٣)</sup>، وبمثل قولهما في منع النساء في الطعام كله قال أحمد في بعض الروايات عنه، سواء تلك التي منع فيها النساء في كل مالٍ بيع بمال، أو تلك التي جعل فيها الطعم علة للمنع، وهي التي اختارها القاضي حين قال: «إن كان مطعوماً حرم النساء وإن لم يكن مكيلاً ولا موزوناً»<sup>(٤)</sup>، وقال أبو حنيفة: «لا يحرم النساء في كل مطعوم، وإنما يمنع فيما كان مكيلاً، أو موزوناً منه، أو ما بيع بجنسه من غير المكيل

---

(١) الكافي (٢/٦٤٦-٦٤٧).

(٢) الكافي (٢/٤٤٦، ٤/٤٤٧)، المنتقى (٥/٣)، بداية المجتهد

(٢/١٢٩)، الزرقاني (٣/٢٩٤).

(٣) الأم (٣/١٦-١٧)، النووي على مسلم (١٠/٩-١٠)، مغني المحتاج

(٢/٢٢).

(٤) الإنصاف (٥/١٢، ٤٣)، المغني (٤/١٣١-١٣٢).

والموزون، ولا يجري الربا فيما يبيع بغير جنسه من غير المكيل والموزون كالتفاح، والرمان، والبطيخ، ونحوه»<sup>(١)</sup>.

وللشافعي في القديم، ورواية عن أحمد ولعلها المنصورة عند أصحابه تمنع النساء فيما يكال أو يوزن من المطعومات، وتجوز فيه سوى المكيل والموزون<sup>(٢)</sup>، وقال الظاهرية: لا ربا إلا في الأصناف الأربعة من المطعومات، ومن قال بذلك طاوس، وقتادة، وعثمان البتي، وابن حزم، وابن عقيل<sup>(٣)</sup> من الحنابلة<sup>(٤)</sup>.

وشدّد بعض أهل العلم، منهم ابن علية حين أجاز النساء فيما يبيع

---

(١) الجصاص (١/ ٤٦٥)، بدائع الصنائع (٧/ ٣١٠٦، ٣١١١، ٣١٦٦)، شرح فتح القدير (٥/ ٢٧٤ - ٢٧٩)، نتائج الأفكار (٥/ ٢٧٥ - ٢٧٦)، البناء (٦/ ٥٢٤ - ٥٢٥).

(٢) الإنصاف (٥/ ١٢)، النووي على مسلم (٩/ ١٠ - ١٠)، مغني المحتاج (٢/ ٢٢).

(٣) هو أبو الوفاء علي بن محمد بن عقيل البغدادي الفقيه الأصولي، قرأ على الدينوري وأبي القاسم بن برهان وأبي شیطا، وعنه ابن ناصر وعمر المغازلي وأبو المظفر السنجي وغيرهم، صنف تصانيف كثيرة في أنواع العلوم منها: كتاب «الفنون» و«الواضح» وغيرهما، كان مولده سنة (٤٣٢هـ)، وتوفي يوم الجمعة ١٢ جمادى الأولى سنة (٥١٣هـ). طبقات الحنابلة (١/ ٢٥٩)، الذيل (١/ ١٤٢ - ١٦٢).

(٤) المحلى (٩/ ٥٠٣ - ٥٠٤)، الإنصاف (٥/ ١٣).

بغير جنسه، ولو كان من الأصناف المجمع على ربويتها من الطعام،  
كبيع بر بتمر<sup>(١)</sup>.

ومما تقدم نستخلص ما يلي:

أولاً: أن ما ذهب إليه ابن علية وبعض أهل العلم شذوذ لا يلتفت  
إليه، ولا يعول عليه؛ لاستفاضة السنة الصريحة الصحيحة بخلاف  
قولهم، ووقوع الإجماع بعدهم على خلاف قولهم، وهم معذرون  
بعدم بلوغ السنة إليهم، ولو بلغتهم ما خالفوها لفضلهم وعلمهم<sup>(٢)</sup>.  
ثانياً: بطلان قول الظاهرية ومن وافقهم، لأنه مبني على نفي  
التعليل والقياس، وهو خلاف ما درجت عليه الأمة، واستقر أمرها  
عليه.

يبقى أن النزاع محصور بين القائلين بتحريم التأخير والنظرة في  
الطعام كالأكلية والشافعية وبعض الحنابلة، والقائلين بمنع النساء في  
بعض الطعام لا كله وهم الحنفية وأكثر الحنابلة، وفيما يلي عرض أدلة  
القولين ومناقشتها.

أدلة المالكية ومن وافقهم:

استدل المالكية على حرمة النساء في جميع المطعومات بما يلي:  
أولاً: دلت النصوص القطعية من السنة والإجماع على تحريم

---

(١)، (٢) بدائع المجتهد (١٢٩/٢)، الزرقاني (٣/٢٩٤).

النسيئة في بيع بعض الأصناف الآتية ببعض وهي: البر، والشعير،  
والتمر، والزبيب، والملح، ويلحق بهذه الأصناف ما وافق المقصود  
منها أو قاربه، وذلك يشمل كل المطعومات لاتحاد المقصود منها أو  
تقاربه<sup>(١)</sup>.

ثانياً: استدل الشافعية على تحريم ربا الفضل والنساء في المطعوم  
جميعه بقوله عليه الصلاة والسلام: «الطعام بالطعام مثلاً بمثل»<sup>(٢)</sup>،  
فإنه يدل على أن الطعم هو علة الربا وإن لم يكل أو يوزن؛ لأنه علق  
ذلك على الطعام، وهو اسم مشتق، وتعليق الحكم على الاسم  
المشتق يدل على التعليق بما منه الاشتقاق، فإن الطعام ما قصد للطعم  
أي أكل غالباً<sup>(٣)</sup>، وهذا الاستدلال وإن خالف مذهب المالكية في  
علة ربا الفضل، إلا أنه يقويه في تحريم النساء في المطعوم.

ثالثاً: وللمالكية من صحيح النظر أيضاً: أن كل شيئين يجوز  
السلم فيهما ولا يجوز أن يسلم أحدهما في الآخر، لا يجوز بيع  
أحدهما بالآخر إلا يداً بيد، كبيع الذهب بالحلي، والذهب  
بالفضة، وكذلك الطعام بالطعام؛ ولأن بيع الطعام بالطعام يشبه بيع

---

(١) الإشراف (١/٢٥٦)، الكافي لابن عبد البر (٢/٦٤٦)، الزرقاني

(٣/٢٩٤)، إعلام الموقعين (٢/١٣٩).

(٢) صحيح مسلم، كتاب المساقاة- باب بيع الطعام مثلاً بمثل (٣/١٢١٤).

(٣) مغني المحتاج (٢/٢٢)، تلخيص الحبير (٣/٨).

جزء من الصبرة فلزم التقابض في المجلس<sup>(١)</sup>.

وقال الشافعي: يجري الربا في كل مطعوم وإن لم يكن مكيلاً ولا موزوناً؛ لأن المكيل والموزون من الطعام كله مأكول أو مشروب فكان معناه واحداً، ومثل المكيل والموزون المعدود والجزاف من الطعام، فالجميع مأكول أو مشروب ومعناه واحد، فكذاك حكمه واحد، وهو تحريم بيع الطعام بالطعام متفاضلاً إلى أجل<sup>(٢)</sup>؛ لكن هذا الاستدلال مخالف لمذهب مالك في علة ربا الفضل فإنها عنده خاصة بالمقتات والمدخر من الأطعمة، وإن وافقه في تحريم ربا النساء في الطعام، وتأييده لمذهب مالك في علة ربا النساء لموضع اتفاق الإمامين على جعل الطعم علة للنساء، ولأن منع النساء بسبب الطعم أولى وأقوى من منع التفاضل به لكثرة مشمولات ربا النساء، وقلة مشمولات ربا الفضل.

استدلال الحنفية على أن النساء لا يحرم في كل مطعوم:

لا يحرم عند الحنفية ربا النساء في كل مطعوم؛ لأن علة ربا النساء عندهم هي الكيل والوزن، أو اتحاد الجنس، فكل مكيل يمنع بيع بعضه ببعض نسيئة، ومثله كل موزون، كما يحرم بيع الجنس الواحد ببعضه نسيئة، فإذا كان المبيع غير مكيل ولا موزون وبيع بغير

---

(١) الإشراف (١/٢٥٦).

(٢) الأم (٣/١٦-١٧)، المجموع (١١/٢٣٠-٢٣١).

جنسه ، فلا يحرم فيه التأخير كبيع المعدود من الطعام بغير جنسه<sup>(١)</sup> ، قال الكاساني : « وأما ربا النساء فهو فضل الحلول على الأجل ، وفضل العين على الدين في المكيلين والموزونين عند اختلاف الجنس ، أو في غير المكيلين والموزونين عند اتحاد الجنس عندنا »<sup>(٢)</sup> .

### الترجيح :

رجحان مذهب مالك ومن وافقه في تحريم النساء في المطعومات ظاهر جلي ؛ لقوة أدلته كما تقدم ، ثم إن تعليل الحنفية الحرمة في الربويات بكون الشيء مكيلاً أو موزوناً ، طرد محض لا مناسبة فيه ، فضلاً عن انتقاضها بإجماعهم على جواز إسلام النقدين في الموزونات ، والعلة إذا انتقضت من غير فرق مؤثر دل على بطلانها<sup>(٣)</sup> .

---

(١) شرح فتح القدير مع حاشيته المسماة نتائج الأفكار (٥/ ٢٧٤ ، ٢٧٥ ،

٢٧٦ ، ٢٧٩) ، البناية (٦/ ٥٢٤ - ٥٢٥) .

(٢) بدائع الصنائع (٦/ ٣١٠٦) .

(٣) إعلام الموقعين (٢/ ١٣٧) .

## المبحث التاسع

### حكم بيع الحيوان بالحيوان مناجزة مع زيادة دراهم

منع الإمام مالك رحمه الله الحيل والذرائع التي يتوصل بها إلى الربا، وأجاز الصور التي تنتفي فيها تهمة القصد إلى الربا، ومن الصور التي أجازها ورأى أن التهمة فيها منتفية: بيع الجمل بمثله مناجزة مع زيادة دراهم حالة أو مؤجلة، وعلى جواز هذه الصورة أجمع أهل المدينة.

#### توثيق المسألة:

جاء في الموطأ: «قال مالك: الأمر المجتمع عليه عندنا؛ أنه لا بأس بالجمل بالجمل مثله وزيادة دراهم يداً بيد، ولا بأس بالجمل بالجمل يداً بيد، والدراهم إلى أجل»<sup>(١)</sup>.

ومفاد كلامه رحمه الله، أن كل الأموال غير الربوية من حيوان، وثياب ونحوها لا يمنع بيع بعضها ببعض يداً بيد، ولا يفسد هذا البيع ما كان معه من زيادة من غير ذلك الجنس، سواء كانت الزيادة نقداً أم إلى أجل؛ لأنه في حالة تعجيل الزيادة، فهو بيع لا سلف فيه، وفي حالة تأجيلها فإن تعجيل المتجانسين بيع مستقل لا يؤثر فيه تأجيل الزيادة، وعلى هذا أصحاب مالك وسائر المالكية جيلاً بعد جيل<sup>(٢)</sup>.

---

(١) الموطأ (ص ٤٥٢).

(٢) التمهيد (٤/ ٣٣٠)، الكافي (٣/ ٦٥٩)، المنتقى (٥/ ٢٠)، البيان =



### مذهب غير المالكية في الصورة السابقة :

وافق الجميع مالكا في جواز بيع الجمل بالجمل مع زيادة دراهم نقداً أو لأجل ؛ لأن بيع الحيوان بالحيوان يبدأ بيد جائر عند الجميع ومنهم الأئمة الأربعة ، سواء اتحد الجنس أو اختلف ، ففي المبسوط : « لا يجوز بيع قفيز حنطة جيدة بقفيز حنطة ردية ودرهم ، وما كان مالا متقوماً يجوز الاعتياض عنه طلباً للريح »<sup>(١)</sup> ، وفي المجموع : « يجوز بيع الحيوان بالحيوان من جنسه متفاضلاً حالاً ومؤجلاً بلا قيد ولا وصف »<sup>(٢)</sup> ، وفي الإنصاف : « وما لا يدخله ربا الفضل كالثياب والحيوان جاز النساء فيه سواء بيع بجنسه أو بغير جنسه ، متساوياً أو متفاضلاً ، وهو الصحيح من المذهب »<sup>(٣)</sup> ، وقال ابن المنذر : « وأجمعوا أن بيع الحيوان يبدأ بيد جائز »<sup>(٤)</sup> .

ولم يخالف في هذه الصورة حتى الذين قالوا لا يجوز النساء في كل مال بيع بآخر ، سواء كان من جنسه أم لا<sup>(٥)</sup> ، قال القاضي

---

== والتحصي (٧/١٨٣-١٨٤) ، الزرقاني (٣/٣٠٠) ، بداية المجتهد

(٢/١٣٣-١٣٤) ، أوجز المسالك (١١/٢٥٩) .

(١) المبسوط (١٢/١١٨) .

(٢) المجموع (٩/٤٠٢) .

(٣) الإنصاف (٥/٤٢-٤٣) .

(٤) الإجماع (ص١١٧) .

(٥) الإنصاف (٥/٤٢-٤٣) .

الحنبلي: «لو باع عرضاً بعرض، ومع أحدهما دراهم، العروض نقداً، والدراهم نسيئة جاز، وإن كانت الدراهم نقداً، والعروض نسيئة لم يجز؛ لأنه يفضي إلى النسيئة في العروض»<sup>(١)</sup>.

وبما تقدم ظهر أن الصورة المذكورة لم يجمع عليها أهل المدينة وحسب، بل هي محل إجماع عند كافة أهل العلم، وإنما وقع الخلاف فيما لو تعجل الدراهم، وتأجل أحد المتجانسين، فهنا خلاف طويل، ومرده إلى حكم بيع الحيوان بالحيوان من جنسه مؤجلاً<sup>(٢)</sup>.

---

(١) المغني (٤/١٣٢).

(٢) الإشراف (١/٢٥٧)، المجموع (٩/٤٠٢)، عمدة القارئ (١٢/١٤٤)، المغني (٤/١٣٢)، بداية المجتهد (٢/١٣٤)، نيل الأوطار (٥/٣١٦)، أوجز المسالك (١١/٢٥٧).

## المبحث العاشر

### ذوات الأربع من الأنعام والوحش صنف واحد

الأنعام في اللغة: هي الإبل، والبقر، والغنم<sup>(١)</sup>، والوحش: كل شيء من دواب البر مما لا يستأنس<sup>(٢)</sup>، والمراد به هنا ما يجوز أكل لحمه من دواب البر مما يشبه ذوات الأربع من الأنعام.

واللحوم من الأموال الربوية أيضاً لكنها أجناس كالحبوب وغيرها، يجوز التفاضل بين الأصناف المختلفة منها، ويحرم في الصنف الواحد، وجملة مذهب الإمام مالك رحمه الله في هذا الباب، أن اللحوم ثلاثة أصناف؛ لحم الأنعام والوحش صنف، ولحوم الطير صنف، ولحوم ذوات الماء صنف، فيجوز بيع أحد هذه الأصناف بالآخر متفاضلاً، ولا يجوز بصنفه إلا متماثلاً.

#### توثيق المسألة:

جاء في الموطأ: «قال مالك: الأمر المجتمع عليه عندنا في لحم الإبل، والبقر، والغنم، وما أشبه ذلك من الوحوش؛ أنه لا يشتري بعضه ببعض إلا مثلاً بمثل، وزناً بوزن، يداً بيد، ولا بأس به إذا لم يوزن إذا تحرى أن يكون مثلاً بمثل، يداً بيد»<sup>(٣)</sup>.

---

(١) لسان العرب (١٢/٥٨٥).

(٢) لسان العرب (٦/٣٦٨).

(٣) الموطأ (ص ٤٥٤).

قال الباجي: «وهذا كما قال: إنه الأمر المجتمع عليه بالمدينة»<sup>(١)</sup>، وبه قال أصحاب مالك، وسائر أهل مذهبه<sup>(٢)</sup>.

مذهب غير المالكية في الأصناف الربوية من اللحوم:

اختلف العلماء في هذا الباب اختلافاً متبايناً، فقال أبو حنيفة رحمه الله: «اللحوم معتبرة بأصولها؛ فإن تجانس الأصناف تجانس اللحمان، وإن اختلفت الأصناف اختلف اللحمان، فلهوم الإبل كلها على اختلاف أنواعها جنس واحد، وكذا لهوم البقر والجواميس كلها جنس واحد، ولهوم الغنم من الضأن والمعز جنس واحد وهكذا، وكل جنس منها لا يجوز بيع بعضه ببعض إلا مناجزة مثلاً بمثل»<sup>(٣)</sup>.

وفي مذهب الشافعي قولان مشهوران:

(الأول): أن اللحم كله صنف واحد، ونسبه الماوردي<sup>(٤)</sup> للقديم من قول الشافعي.

---

(١) المتقى (٢٦/٥).

(٢) الإشراف (٢٥٨/١)، التمهيد (٣٢٤/٤، ٣٢٥، ٣٢٩)، الكافي (٢/٦٥٠ - ٦٥١)، بداية المجتهد (١٣٦/٢).

(٣) الحجة (٢/٦٤٠)، بدائع الصنائع (٣١١٩/٧)، شرح فتح القدير (٥/٢٩٧)، البناية (٦/٥٦٤ - ٥٦٥)، أوجز المسالك (١١/٢٦٩ - ٢٧٠).

(٤) هو أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري الماوردي الإمام العلامة أقضى القضاة، من مصنفاته: «الحاوي»، و«الأحكام السلطانية»، و«أدب الدنيا والدين» وغيرها، توفي في ربيع الأول سنة (٤٥٠هـ) وعمره (٨٦) سنة. انظر =

(الثاني): كقول أبي حنيفة أنها أجناس تختلف باختلاف أصولها، فلحم الغنم صنف، ولحم الإبل صنف، ولحم الطباء صنف، ولحم كل ما تفرقت به الأسماء دون الأسماء الجامعة - كالحیوان، والدواب، والأنعام - صنف، وقد نسب الماوردي هذا القول إلى الجديد<sup>(١)</sup> وهو الأظهر عند أصحاب الشافعي وأتباعه، لقول المزني<sup>(٢)</sup>: «قطع الشافعي رحمه الله بأن اللحوم أصناف»<sup>(٣)</sup>.

وفي مذهب الإمام أحمد ثلاث روايات:

(الأولى): أن الحيوان أربعة أجناس كمذهب مالك، إلا أن مالكا يجعل الأنعام والوحش جنساً واحداً، والمنقول عن أحمد أن الأنعام جنس، والوحش جنس، وبهذه الرواية قال القاضي أبو يعلى.

---

= تاريخ بغداد (١٢/١٠٢ - ١٠٣)، الطبقات للسبكي (٥/٢٦٧ - ٢٨٥)، السير (١٨/٦٤ - ٦٨).

(١) الأم (٣/٢٥ - ٢٦)، المجموع (١٠/١٩٣ - ١٩٥).

(٢) هو أبو إبراهيم إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل المزني، الإمام الجليل صاحب الشافعي وأكبر أنصار مذهبه، روى عنه ابن خزيمة والطحاوي وابن أبي حاتم وغيرهم، صنف كتباً كثيرة منها: «المختصر في فقه الشافعي»، ولد سنة (١٧٥هـ)، وتوفي في رمضان سنة (٢٦٤هـ). انظر طبقات ابن السبكي (٢/٩٢ - ١٠٩)، طبقات الأسنوي (١/٣٤ - ٣٥).

(٣) الأم (٨/٧٨)، المجموع (١٠/٩٦).

(الثانية): كقول أبي حنيفة: إن الحيوان تختلف أصنافه باختلاف أجناسه، واختارها ابن عقيل.

(الثالثة): أن اللحم كله جنس واحد، وهو قول أبي ثور، وظاهر كلام الخرقى<sup>(١)</sup>، وقد أنكر القاضي أبو يعلى نسبة هذه الرواية إلى الإمام أحمد. والصحيح عند الحنابلة أنها أجناس<sup>(٢)</sup> فهو المذهب عندهم، وعليه الأكثر<sup>(٣)</sup>، ولا اعتداد عند الظاهرية بالتقسيمات السابقة؛ لأن بيع اللحم باللحم عندهم لا يدخله الربا، سواء كان من نوع واحد، أم من نوعين<sup>(٤)</sup>.

وعلى الجملة، فإن الخلاف يدور بين ثلاثة مذاهب:

١- القول بأن الحيوان ثلاثة أصناف؛ الأنعام والوحش صنف، والطير صنف، وذات الماء صنف، وهو مذهب أهل المدينة الذي قال به مالك.

---

(١) هو أبو القاسم عمر أو عمرو بن الحسين بن عبد الله البغدادي الخرقى الحنبلي العلامة صاحب المختصر في مذهب أحمد، تفقه بوالده وقرأ على من قرأ على أبي بكر المروذي وحرب الكرمانى وغيرهم، له مصنفات كثيرة لم ينشر منها سوى المختصر، توفي سنة (٣٣٤هـ). انظر تاريخ بغداد (١١/٢٣٤-٢٣٥)، طبقات الحنابلة (٢/٧٥-١١٨)، السير (١٧/٣٦٢-٣٦٤)، الشذرات (٢/٣٣٦-٣٣٧).

(٢) المغني (٤/١٤٢-١٤٣).

(٣) الإنصاف (٥/١٨).

(٤) المحلى (٩/٥٨٧-٥٨٨).

٢- القول بأن الحيوان أجناس حسب اختلاف أصوله، وهو مذهب أبي حنيفة، والشافعي في الجديد، وأصح الروايات عند الحنابلة.

٣- القول بأن الحيوان كله جنس واحد، وهو قول الشافعي في القديم، وإحدى الروايات عن أحمد.

وفيما يلي عرض أدلة هذه الأقوال ومناقشتها:

أدلة القول الأول، وهو قول مالك وأصحابه:

معتمد المالكية في اعتبار ذوات الأربع جنس واحد لإجماع أهل المدينة - كما تقدم - ولهم من المعقول ما يلي:

١- لما كان الجنس يتأثر في شموله لأفراده بتشاكل الصور، واتحاد المنافع والأغراض، وتقارب وجوه الاستعمال كما هو الحال في أصول الأقوات، فقد اختلفت أجناسها باختلاف هذه المعاني، وبه تكون الإبل، والبقر، والغنم، وما شاكلها من الوحش جنس واحد لاتحاد الأغراض والمنافع، وتشاكل الصور، وتقارب وجوه الاستعمال، ويكون الطير كله جنساً واحداً، والسماك جنساً واحداً، لاختلاف تلك المعاني في كل جنس<sup>(١)</sup>.

٢- الإبل، والبقر، والغنم، يجمعها اسم بهيمة الأنعام، فلم

---

(١) الإشراف (١/٢٥٩)، المتقى (٥/٢٦-٢٧).

يجز بيع لحمها متفاضلاً؛ لاشتراكها جميعاً في هذا الوصف، كما لم يجز بيع لحم البقر بالبقر، والإبل بالإبل متفاضلاً<sup>(١)</sup>.

٣- المباينة والتمايز بين ذوات الأربع وذوات الماء والطير ظاهر بين، فهي أجناس ثلاثة مختلفة، فوجب أن يكون لحمها مختلفاً<sup>(٢)</sup>.

وتعقب هذا الاستدلال بأن دعوى حصر الأنعام والوحش في جنس واحد محض تحكم لا سند له من الأثر، ولا لزوم لحصر الأصناف في ثلاثة أو أربعة أجناس، وليس لهذا القول نظير يقاس عليه<sup>(٣)</sup>.

وأجيب: بأن هذا التصنيف مناسب، وقد أجمع أهل المدينة عليه.

أدلة القول باختلاف أجناس الحيوان تبعاً لاختلاف الأصول:

استدل الحنفية ومن وافقهم لتأييد هذا القول بما يلي:

١- الإبل، والبقر، والغنم، لا يضم بعضها إلى بعض في الزكاة، فدل على أنها أجناس مختلفة، ولما كانت أصول اللحمان مختلفة كانت فروعها أجناساً يحرم التفاضل في الجنس الواحد

---

(١) الإشراف (١/٢٥٨-٢٥٩).

(٢) بداية المجتهد (٢/١٣٦).

(٣) الحجة على أهل المدينة (٢/٦٤٠-٦٤١).



منها ، ويجوز عند الاختلاف<sup>(١)</sup> .

٢- إنما تتميز اللحوم كلها بالإضافة إلى الاسم الخاص كما تتميز  
الأدهان بإضافتها إلى أصولها ، وعليه فكل صنف متميز يحرم  
التفاضل في بيعه بنفسه ، ويجوز عند الاختلاف<sup>(٢)</sup> .

أدلة القول بأن اللحوم جميعها جنس واحد :

استدل لهذا القول بما يلي :

١- اسم اللحم متحد في فروع جميع الأصول ، بحيث لو حلف  
لا يأكل لحماً ، فإنه يحث بأكله من لحم الأنعام ، أو الطير ، أو  
السماك ، وبه يثبت أن اللحمان جنس واحد ، يحرم بيع بعضه ببعض  
متفاضلاً<sup>(٣)</sup> .

٢- جميع الحيوانات إذا فارقتها الحياة انتفت عنها الصفات التي  
كانت تختلف بسببها ، حتى تناولها اسم اللحم تناولاً واحداً ،  
بالإضافة إلى الاتحاد في المنفعة ، وهي التقوي ، والتغذي ، فلزم  
اعتبار المماثلة في بيع بعضها ببعض لاتحاد الجنس<sup>(٤)</sup> .

---

(١) المجموع (١٠/١٩٥) ، البناية (٦/٥٦٥) ، أوجز المسالك (١١/٢٦٩) -  
(٢٧٠) .

(٢) المجموع (١٠/١٩٥-١٩٦) ، بدائع الصنائع (٧/٣١١٩) .

(٣) الأم (٣/٢٦) ، المغني (٤/١٤٢-١٤٣) .

(٤) بداية المجتهد (٢/١٣٦) ، بدائع الصنائع (٧/٣١١٩) .

٣- اللحم كله طعام فيمنع بيع بعضه ببعض متفاضلاً.

وتعقب هذا الاستدلال بأن اتحاد الاسم العام لا يقتضي اتحاد الجنس كالتمر، فإنه اسم للتمر، والزبيب، والفرسك، ولم يجعلها هذا الاشتراك في اسم الثمر جنساً واحداً؛ لأن العبرة بالأسماء الخاصة دون الأسماء الجامعة، وكون اللحم طعاماً لا يقتضي أنه جنس واحد، فلا أحد يقول بمنع التفاضل في بيع اللحم بالحبوب<sup>(١)</sup>.

#### الترجيح:

تبين من عرض الأدلة السابقة أن كل طائفة تدعي أن ضابط الاختلاف هو ما تراه، وإن كان دليل الحنفية أقوى من جهة المعنى<sup>(٢)</sup>، لكنه معارض بإجماع أهل المدينة فيقدم عليه؛ لأنهم اختلفوا في تقديمه على خبر الواحد، فكيف لا يقدم على ما دونه.

---

(١) الأم (٢٦/٣)، المغني (١٤٢/٤-١٤٣).

(٢) الأم (٢٥/٣)، بداية المجتهد (١٣٦/٢-١٣٧).

## المبحث الحادي عشر

### ما لا يحسب من الثمن في بيع المrabحة

الرّبح ، والرّبح ، والرّباح في اللغة : النماء في التجر<sup>(١)</sup> ،  
والمrabحة في الاصطلاح : هي أن يذكر البائع للمشتري الثمن الذي  
اشترى به السلعة ، ويشترط عليه ربحاً ما للدينار أو الدرهم<sup>(٢)</sup> .

ولمعرفة ثمن الشراء في بيوع المrabحة أهمية أساسية في تحديد ثمن  
البيع ، وبخاصة إذا كان الرّبح الذي يحصل عليه البائع مقدراً بالنسبة  
إلى ثمن الشراء ، كأن يربحه درهماً لكل عشرة دراهم مثلاً ، أو ربع  
دينار لكل دينار ، أو يعطيه نسبة ما كأن تكون عشرة في المائة ، أو  
عشرين في المائة ، وعليه فإن تحديد ما يدخل في الثمن من النفقات  
الملحقة بالشراء وما لا يدخل في ذلك ضروري لتقدير ثمن البيع في  
المrabحة .

وتحصيل مذهب الإمام مالك في ذلك : أن ما زاد على أصل  
الثمن ينقسم إلى ثلاثة أقسام :

(الأول) : يعدّ في أصل الثمن ، ويكون له حظّ من الربح ؛ وهذا  
القسم يشمل كلّ ما يؤثر في عين السلعة ممّا له عين قائمة كالصبغ ،  
والخياطة ، والقتل ، ونحوها .

---

(١) لسان العرب (٢/٤٤٢) .

(٢) بداية المجتهد (٢/٢١٣) .

(الثاني): ما ليس له عين قائمة، لكنّه يختصّ بالمتاع، وكان ممّا لا يتولاه التاجر بنفسه كحمل المتاع، ونفقة الدّواب، وكراء المخازن لتخزين السّلع، فهذا القسم من النفقة يضم إلى رأس مال الثمن، ولا يحسب له نصيب في الرّبح.

(القسم الثالث): ما لا أثر له في السّلع، وكان ممّا يتولاه التاجر بنفسه عادة كأجرة السّمسار، وأجرة الطيّ والشّدّ، وكراء البيت الذي يبيت فيه التاجر وإن وضع المتاع فيه، فهذا القسم من النفقة لا يحسب في أصل الثمن، ولا يقدر له ربح إلّا إذا أعلم البائع المشتري بذلك، ورضي بعد علمه بضمّه إلى أصل الثمن، وتقدير الرّبح له<sup>(١)</sup>، وعلى هذا العمل في المدينة بلا خلاف.

#### توثيق المسألة:

جاء في الموطأ: «قال مالك: الأمر المجتمع عليه عندنا في البز- الثياب من القطن والكتان- يشتره الرّجل ببلد، ثم يقدم به بلداً آخر، فيبيعه مرابحة، إنه لا يحسب فيه أجر السّماسرة، ولا أجرة الطيّ، ولا الشّدّ، ولا النفقة، ولا كراء بيت، فأما كراء البز في حملانه فإنه يحسب في أصل الثمن، ولا يحسب فيه ربح إلّا أن يعلم البائع من يساومه بذلك كله، فإن ربّحوه على ذلك كله بعد العلم به

---

(١) الكافي (٢/٧٠٦-٧٠٧)، المقدمات (٢/٥٩١)، بداية المجتهد (٢/٢١٤).

فلا بأس به»<sup>(١)</sup>، وبهذا أخذ سائر أصحاب مالك وأهل مذهبه، ونقل عن بعضهم أن أجرة السمسار تحسب في أصل الثمن، لكن المشهور عند عامة المالكية ما تقدم<sup>(٢)</sup>.

مذهب غير المالكية فيما يدخل من النفقات في ثمن البيع  
مرابحة:

ذهب الشافعي رحمه الله قريباً من مذهب أهل المدينة؛ فأجاز أن يضاف إلى الثمن الأول نفقات الصناعة والطرار والنقل مع بيانها وإيضاحها بأن يقول: قام عليّ بكذا، ولا يقول: ثمنه كذا، وإن عمل فيه بيده بين ذلك بأن يقول: اشتريته بكذا وعملت فيه ما يساوي كذا، ولا يضم إلى أصل الثمن ما أنفقه التاجر على نفسه، ولا أجر الراعي، أو الحارس، ولا أجرة بيت الحفظ<sup>(٣)</sup>، وفي مذهب الإمام أحمد لا بدّ أن يخبر التاجر البائع المشتري بالحال على وجهه، ولا يضم شيئاً إلى أصل الثمن، ولا يقول: قامت عليّ بكذا، بل يبين أصل الثمن، وما لزمه من النفقات والزيادات، وهو قول الحسن، وابن سيرين، وابن المسيّب، وطاوس، والنخعي، والأوزاعي، وأبو

---

(١) الموطأ (ص ٤٦٤).

(٢) الكافي (٢/٧٠٦-٧٠٧)، المقدمات (٢/٥٩١-٥٩٢)، المنتقى

(٥/٤٥-٤٦)، بداية المجتهد (٢/٢١٤)، الزرقاني (٣/٣١٧).

(٣) المجموع (١٣/٤٠٥، ٦).

ثور، وفي المذهب وجه آخر يجيز ضمّ النفقات المتصلة بالمبيع إلى أصل الثمن، ويقول: تحصلت عليّ بكذا؛ وهو قول الشعبي، والحكم<sup>(١)</sup>، والشافعي كما تقدم.

وفي مذهب أبي حنيفة، يلحق برأس المال كل نفقة تتصل بالمبيع، كأجرة القصار، والصباغ، والغسال، والفتال، والخياط، والسمسار، وسائق الغنم، والكرء، وعلف الدواب، ولا يلحق برأس المال نفقة التاجر على نفسه، وأجرة الراعي، والبيطار، وما شابهها من النفقات، وخالف الطحاوي، وبعض مشايخ الحنفية جمهور أصحابهم فقالوا: لا يضم إلى أصل الثمن إلا ما له أثر في المعقود عليه، ولا يضم شيء إلى رأس المال مما لا تأثير له في عين المبيع، ولا يصح هذا عند أكثرهم<sup>(٢)</sup>.

وقد أنكر ابن حزم بيع المرابحة أصلاً لكنه قال: «من اضطر أن يبيع بمثله، فليحسب نفقته، وليقل: قام عليّ بكذا، والأفضل والأصح أن يذكر أصل الثمن فقط ثم يقول: لا أبيع على شرائي إلاّ بكذا وكذا، فمن شاء أخذ، وإلاّ ترك»<sup>(٣)</sup>.

---

(١) المغني والشرح الكبير (٤/١٠٧، ٢٦١).

(٢) بدائع الصنائع (٧/٣١٩٩)، شرح فتح القدير (٥/٢٥٥)، البناية

(٦/٤٨٩-٤٩٢).

(٣) المحلّي (٩/٦٢٦).

وعلى الجملة فإن الخلاف ينحصر في ثلاثة أقوال :

الأول : يضم إلى أصل الثمن كل زيادة مؤثرة في عين المبيع ، وكل نفقة يحتاجها المبيع غالباً مما لا يعملها التاجر بنفسه في العادة ، وهو مذهب المالكية ، والشافعية ، ووجه في مذهب أحمد .

الثاني : يضم إلى رأس مال الثمن كل نفقه أنفقها على المبيع بما فيها أجرة السمسار ، وسائق الغنم ، دون ما ينفقه التاجر على نفسه ، أو ما كان عارضاً من النفقات كأجرة البيطار ونحوها ، وهو مذهب جمهور الحنفية .

الثالث : لا يضم شيء إلى أصل الثمن ، ويجب على التاجر أن يذكر كل ما لزمه من النفقة سواء كانت مما له عين قائمة أو غيرها ، وهو المشهور في مذهب أحمد .

وفيما يلي عرض أدلة هذه الأقوال :

أولاً - استدلال المالكية لعدم ضم شيء من النفقة مما لا أثر له في عين المبيع ، ويتولاه التاجر بنفسه عادة :

١ - معتمد المالكية فيما قرروه على إجماع أهل المدينة لقول مالك : « وهو الأمر المجتمع عليه عندنا »<sup>(١)</sup> .

٢ - جريان العادة والعرف بما ذكروه غالباً ، فما جرت العادة أن

---

(١) الموطأ (ص ٤٦٤) .

يباشره بنفسه ولا يستتیب فيه غالباً بأجرة كأجرة السمسار، واستتجار من يطوي له الثياب، وشده له، وكل ما جرت العادة أن يفعله التاجر بنفسه، فالعوض عنه داخل في ربح رأس المال، وليس له ضمه إلى رأس المال، ومثله نفقة نفسه، وكراء بيته وإن خزن فيها سلعته؛ لجريان العادة بتخزين السلع في بيت سكناه، فإنما يعامل على المعتاد. وأما ما يختص بالمبيع، وجرت العادة أن لا يكون ذلك إلا بأجرة، ككراء حملة ونحوه، فهذا يحسب في الثمن، ولا حظ له في الربح؛ لكونه ليس عيناً قائمة في المبيع<sup>(١)</sup>.

ثانياً- استدلال الحنفية على ضم كل نفقة ينفقها على المبيع إلى رأس مال الثمن:

١- اعتمد الحنفية أيضاً في ضم جميع النفقات المتصلة بالمبيع إلى أصل الثمن على العرف الجاري بين التجار؛ لأنهم اعتادوا إلحاق هذه المؤن برأس المال ويعدونها منه، وعرف المسلمون وعاداتهم حجة مطلقة<sup>(٢)</sup>.

٢- ولأن الأصل؛ أن كل ما يزيد في المبيع أو في قيمته يلحق به<sup>(٣)</sup>.

---

(١) المقدمات (٢/ ٥٩١)، المنتقى (٥/ ٤٥-٤٦).

(٢) بدائع الصنائع (٧/ ٣١٩٩)، البناء (٦/ ٤٨٩-٤٩٢).

(٣) شرح فتح القدير (٥/ ٢٥٥)، البناء (٦/ ٤٨٩-٤٩٢).



ثالثاً: استدل من منع ضم النفقات جميعها إلى أصل الثمن، وأوجب تسمية كل ما لزمه منها بأن قوله: تحصلت عليّ بكذا كذب لا يجوز<sup>(١)</sup>.

#### الترجيح:

لم يرد نص شرعي في نفي أو إثبات هذه الأقوال، وإنما مبناها على ما يتعارفه الناس، ويجري بينهم، ويتواضعونه من الأعمال، وما اعتاده التجار في شؤون المعاملات، وما ذكر من إجماع أهل المدينة فمبناه على عرف خاص بهم، ومثل هذه العوائد تختلف باختلاف الأعصار والأمصار والأحوال؛ ولذلك قال محمد بن رشد: «ما يعلم أنه لا يشتريه إلا بواسطة وسمسار عادة فإن أجرته تحسب في أصل الثمن، ولا يحسب له ربح»<sup>(٢)</sup>، وعليه فيترك تحديد ما يعد من أصل الثمن في بيع المربحة في كل بلد وفي كل عصر إلى عرف تجارها، وما جرت به عادتهم ما لم تصادم تلك العادة أو ذلك العرف نصاً شرعياً، أو إجماعاً، أو قياساً صحيحاً.

---

(١) المغني مع الشرح الكبير (٤/١٠٧، ٢٦١).

(٢) المقدمات (٢/٥٩٢)، المنتقى (٥/٤٥-٤٦).

## المبحث الثاني عشر

عدم جواز بيع العروض المسلم فيها إلى المسلم إليه

قبل القبض بأكثر من رأس مال السلم

بيع ما سوى الطعام قبل قبضه جائز عند مالك، ولم يمنعه إلا في صورة واحدة، وهي: إذا كان المبيع مسلماً فيه قد حل أجله، فلا يجوز عنده بيعه من المسلم إليه بأكثر من رأس مال السلم، ونسب هذا الحكم إلى إجماع أهل المدينة، وعده من أنواع الربا.

توثيق المسألة:

جاء في الموطأ: «قال مالك: الأمر المجتمع عليه عندنا فيمن سلف في رقيق أو ماشية؛ فإذا كان كل شيء من ذلك موصوفاً، فسلف فيه إلى أجل، فحل الأجل، فإن المشتري لا يبيع شيئاً من ذلك من الذي اشتراه منه بأكثر من الثمن الذي سلفه فيه قبل أن يقبض ما سلفه فيه، وذلك أنه إذا فعله فهو الربا؛ صار المشتري إن أعطى الذي باعه دنائير أو دراهم فانتفع بها، فلما حلت عليه السلعة ولم يقبضها المشتري باعها من صاحبها بأكثر مما سلفه فيها، فصار أن رد إليه ما سلفه وزاده من عنده»<sup>(١)</sup>.

ومعنى قول مالك: إن المشتري لا يبيع شيئاً للمسلم إليه من السلعة

---

(١) الموطأ (ص ٤٥٧).

التي في ذمته بأزيد من الثمن الذي سلم فيها قبل أن يقبضها منه؛ لأنه لو فعل ذلك، لكان قرضاً بزيادة، إذ دفع إليه قليلاً، فرجع إليه عند الأجل كثيراً فلم يجز، أما لو باعه منه بمثل الثمن الذي اشتراه به منه أو أقل فذلك جائز؛ لبعده هذه الصورة عن التهمة<sup>(١)</sup>، ولا شك أن المنع من الصورة التي ذكرها الإمام مالك لا يختلف في حكمها المالكية وغيرهم.

#### مذهب غير المالكية:

وافق سائر أهل العلم أهل المدينة في عدم جواز بيع المسلم فيه من العروض كلها قبل قبضه من بائعه بأزيد من الثمن المقبوض، لكن المنع عندهم لا يقتصر على هذه الصورة، بل يتعداها إلى منع بيع المسلم فيه قبل القبض مطلقاً، سواء كان بأقل من الثمن المقبوض، أو أكثر، وسواء كان المسلم إليه هو المشتري أم غيره<sup>(٢)</sup>.

وخالف جمهور العلماء المالكية في تجويزهم بيع العروض المسلم فيها قبل القبض في غير الصورة المتفق على منعها، سواء على مذهب

---

(١) الكافي (٢/٦٩٩-٦٧٠)، المنتقى (٥/٣٢).

(٢) الحجّة (٢/٦٤٧-٦٤٨)، الأم (٣/١٣٣)، المحلى (١٠/٦٥)، المغني والشرح الكبير (٤/٣٤١)، شرح فتح القدير (٥/٣٤٥)، بدائع الصنائع (٧/٣١٧٨، ٣١٠٢)، البناية (٦/٦٤١)، الإنصاف (٥/١٠٨)، مطالب أولي النهى (٣/٢٢٩).

من يمنع بيع المبيع قبل القبض مطلقاً، أو من يمنعه في كل منقول، أو من يخص المنع بالمسلم<sup>(١)</sup>.

ووافق بعض الحنابلة المالكية، فجوزوا بيع المسلم فيه قبل القبض، وقيدوه بعضهم بعدم الزيادة على قدر قيمة السلعة، لثلا يربح فيما لم يضمن<sup>(٢)</sup>.

وعليه فإن القدر المنسوب لإجماع أهل المدينة، فهو محل اتفاق، ولا خلاف فيه لأحد من أهل العلم، إلا أن الجمهور منعه بناء على عدم جواز بيع المسلم فيه قبل قبضه عندهم، ومالك منعه بناء على إجماع أهل المدينة، ولكونه ذريعة إلى الربا.

أمّا ما زاد على صورة الاتفاق، فهو محل نزاع بين المالكية القائلين بجواز بيع المسلم فيه قبل قبضه ما لم يكن طعاماً أو عرضاً، بيع بأكثر من ثمنه لبائعه، والجمهور القائل بعدم جواز بيع المسلم فيه قبل قبضه أصلاً<sup>(٣)</sup>.

وفيما يلي عرض أدلة الجمهور المتضمنة للصورة المتفق على منعها بين أهل المدينة وسائر أهل العلم، ثم تتبعها بأدلة المالكية الخاصة بتلك الصورة أيضاً.

---

(١) المراجع السابقة.

(٢) الإنصاف (١٠٨/٨).

(٣) بداية المجتهد (٢/٢٠٥-٢٠٦).

أولاً: أدلة منع بيع المسلم فيه قبل قبضه عند الجمهور:

استدل الجمهور لمنع بيع المسلم فيه قبل قبضه بما يلي:

الحديث الأول: قوله- عليه الصلاة والسلام: «لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك»<sup>(١)</sup>. ووجه الدلالة من الحديث تصريحه بمنع بيع ما ليس عند البائع، والنهي عن ربح ما لم يضمن، وكلا الوصفين متحقق في بيع المسلم فيه قبل القبض<sup>(٢)</sup>.

وفي رواية عن حكيم بن حزام: أنه قال: «نهاني رسول الله ﷺ أن أبيع ما ليس عندي»<sup>(٣)</sup>. وهذه العمومات المانعة من بيع ما ليس

---

(١) رواه أبو داود في سننه، كتاب البيوع-باب في الرجل يبيع ما ليس عنده (٣/٧٦٩، ٧٧٥)، وأخرجه الترمذي أيضاً في كتاب البيوع-باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك (٤/٢٣٠)، وقال: «هذا حديث حسن صحيح»، قال المنذري: «ويشبه أن يكون صححه لتصريحه فيه بذكر عبدالله بن عمرو». مختصر سنن أبي داود مع معالم السنن (٥/١٤٦-١٥٠)، ومن رواه أيضاً النسائي في سننه، كتاب البيوع-باب بيع ما ليس عند البائع (٧/٢٨٩، ٢٩٥)، وابن ماجه، تجارات-باب النهي عن بيع ما ليس عندك (٢/١٣).

(٢) المحلى (١٠/٦٥)، المغني (١٤/٣٤١).

(٣) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب البيوع-باب في الرجل يبيع ما ليس عنده (٣/٧٦٨-٧٦٩) ورواه الترمذي في البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك (٤/٢٢٨)، وقال: «حديث حكيم بن حزام حديث حسن قد روي

عند البائع أو ما لم يقبض ، صادقة على بيع المسلم فيه قبل القبض وغيره ، بل إن دلالتها على المسلم فيه أوضح من دلالتها على البيع النّاجز ؛ لأن الأجل أصل في السّلم ، وليس كذلك في البيع ، وفيها أيضا النهي عن بيع ما لم يقبضوا جملة دون تخصيص لشيء<sup>(١)</sup> .

الحديث الثاني : عن ابن عباس رضي الله عنهما قال : قال رسول الله ﷺ : «من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يقبضه» ، قال ابن عباس : وأحسب كل شيء بمنزلة الطعام<sup>(٢)</sup> ، ورواه البخاري بلفظ : «أما الذي نهى عنه النبي ﷺ ، فهو الطعام أن يباع حتى يقبض» ، قال ابن عباس : «ولا أحسب كل شيء إلا مثله»<sup>(٣)</sup> .

---

= عنه من غير وجه ، والعمل عليه عند أكثر أهل العلم» (٢٢٩-٢٣٢/٤) ، ورواه النسائي في كتاب البيوع - باب بيع ما ليس عند البائع (٢٨٩/٧) ، ورواه ابن ماجه في التجارات - باب النهي عن بيع ما ليس عندك (١٣/٢) ، وفي التعليق المغني : «أن في بعض طرق حديث حكيم بن حزام عبد الله بن عصمة ، وقد زعم عبدالحق أنّه ضيعف جداً ، ولم يتعقبه ابن القطان بل نقل عن ابن حزم أنه قال : هو مجهول ، وهو جرح مردود ، فقد روى عنه ثلاثة واحتجّ به النسائي» ، التعليق المغني على الدارقطني للعظيم أبادي بحاشية سنن الدارقطني (٩/٣) .

(١) الحجة (٢/٦٥٠) .

(٢) صحيح مسلم ، كتاب البيوع - باب بطلان البيع قبل القبض (١١٦٠/٣) .

(٣) صحيح البخاري ، كتاب البيوع - باب بيع الطعام قبل أن يقبض (٨٩-٩٠/٣) .

ووجه الدلالة من الحديث قياس ابن عباس رضي الله عنه ما سوى الطعام على الطعام، وهو أعرف بحديث رسول الله ﷺ (١)، قال الحافظ ابن حجر: «ويدل على صحة قياس ابن عباس حديث حكيم بن حزام المتقدم» (٢).

الحديث الثالث: عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «من أسلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره» (٣)، وهذا الحديث لو صح لكان نصاً في محل النزاع، لما فيه من النهي عن التصرف في المسلم فيه قبل قبضه، وعليه فلا يأخذ المسلم إلا ما أسلم

---

(١) الحجة (٢/ ٦٥٠).

(٢) تلخيص الخبير (٣/ ٢٤-٢٥)

(٣) هذا الحديث أخرجه أبو داود عن سعد العوفي في كتاب البيوع. باب السلف لا يحول (٣/ ٧٤٤-٧٤٥)، ورواه ابن ماجه في أبواب التجارات. باب من أسلم في شيء فلا يصرفه إلا غيره (٢/ ٣٢)، وضعفه المنذري فقال: «عطية بن سعد لا يحتج بحديثه». مختصر سنن أبي داود (٥/ ١١٣)، وقال الزيلعي في نصب الراية: «رواه الترمذي في علله الكبير وقال: لا أعرفه مرفوعاً إلا من هذا الوجه، وهو حديث حسن، وأخرجه ابن ماجه مرسلًا، وقال عبدالحق في أحكامه: وعطية العوفي لا يحتج به وإن كان الجلّة قد رووا عنه، وقال في التنقيح: وعطية العوفي ضعفه أحمد وغيره، وقال ابن عدي: مع ضعفه يكتب حديثه». نصب الراية (٤/ ٥١)، وقد ضعف عطية العوفي فوق من ذكر كثير من أهل الشأن منهم: أبو حاتم، وسالم المرادي، وهشيم، وابن المديني، والنسائي. ميزان الاعتدال (٣/ ٧٩-٨٠) رقم الترجمة (٥٦٦٧).

فيه ، أما رجوعه برأس مال السلم أو الإقالة ، ففيه خلاف بين العلماء ، وهذه مسألة أخرى<sup>(١)</sup> .

### أدلة أخرى للجمهور:

يضاف إلى ما تقدم من نصوص في بيع المسلم فيه قبل قبضه ، ما أثر عن جمع من الصحابة رضوان الله عليهم ، ومنهم ابن عباس ، وعبد الله بن عمر ، وعبد الله بن عمرو بن العاص ، وأبو سعيد الخدري ، فكلهم كره بيع المسلم فيه قبل قبضه ، أو صرفه إلى غيره<sup>(٢)</sup> .

ثانياً : استدلال المالكية على منع بيع المسلم فيه قبل قبضه لبائعة بأزيد من رأس مال المسلم :

أما المالكية فلم يكن منع تلك الصورة عندهم بناء على حظر بيع المسلم فيه قبل قبضه كما هو مبنى الجمهور ، وإنما منعوا منها لإجماع أهل المدينة أولاً ، ثم لأن بيع المسلم فيه لبائعه بأكثر من الثمن ذريعة إلى الربا المحرم ، يظهر ذلك من قول الإمام مالك رحمه الله ، بعد ذكره لجواب ابن عباس حين سئل عن رجل سلف في

---

(١) مختصر سنن أبي داود للمنذري مع معالم السنن للخطابي (٥/١١٢ -

١١٧) ، نصب الراية (٤/٥١)

(٢) الموطأ (ص ٤٥٦-٤٥٧) ، الحجة (٢/٦٤٨-٦٤٩) ، الأم (٣/١٣٣)

نصب الراية (٤/٥١) .



سبائب<sup>(١)</sup> فأراد بيعها قبل أن يقبضها فقال: تلك الورق بالورق وكره ذلك ، وقد علق مالك على قول ابن عباس فقال: «وذلك فيما نرى - والله أعلم - أنه أراد أن يبيعها من صاحبها الذي اشتراها منه بأكثر من الثمن الذي ابتاعها به ، ولو أنه باعها من غير الذي اشتراها منه ، لم يكن بذلك بأس»<sup>(٢)</sup>.

وفوق هذا فإن المنع من بيع المسلم فيه من بائعه بأكثر من الثمن محلّ إجماع الأمة ، وليس لإجماع أهل المدينة فحسب ، أما فيما سوى هذه الصورة فالخلاف فيه معروف .

---

(١) السبائب : جمع سبيبة وهي : شقة من الثياب أي نوع كان ، وقيل : هي من الكتان . لسان العرب (١/٤٥٧) .  
(٢) الموطأ (ص ٤٤٥ - ٤٥٧) .

## المبحث الثالث عشر

### حكم ضَعُ وتَعَجَّل

أجمع أهل العلم على تحريم تأخير الدين مقابل الزيادة فيه ، واختلفوا في عكسه ، أي : تعجيل القضاء مقابل حطّ شيء من الدين ، وهو المسمى «ضَعُ وتَعَجَّل» ، ومذهب الإمام مالك رحمه الله ، إلحاق الثاني بالأول ، فلا يجوز ذلك بحال ، وهو مما اجتمع عليه أهل المدينة كافة .

#### توثيق المسألة :

جاء في الموطأ : «قال مالك : والأمر المكروه الذي لا اختلاف فيه عندنا ؛ أن يكون للرجل على الرجل الدين إلى أجل ، فيضع عنه الطالب ويعجله المطلوب ، وذلك عندنا بمنزلة من يؤخر دينه بعد محله عن غريمه ويزيده الغريم في حقه ، قال : فهذا الربا بعينه لا شك فيه»<sup>(١)</sup> .

وعلى هذا سار أصحاب مال وأتباعه ، إلا ما حكاه اللخمي<sup>(٢)</sup>

---

(١) الموطأ (ص ٤٦٨) .

(٢) اللخمي : هو أبو القاسم بدر بن الهيثم بن خلف اللخمي القاضي الفقيه ، سمع من أبي كريب وأبي سعيد وهارون بن إسحاق وغيرهم ، وعنه أبو عمرو بن حيويه وعمر بن شاهين وعيسى بن الوزير وعدة ، وثقه غير واحد منهم الدارقطني ، كان مولده (٢٠٠ هـ) أو بعدها بعام ، وتوفي في شوال سنة =

عن ابن القاسم ، وقد استبعده ابن زرقون<sup>(١)</sup> ورآه وهماً<sup>(٢)</sup> .

قال ابن عبد البر : «ومن باب الربا عند أهل العلم ضع وتعجل ،  
ومن رخص فيه عده من المعروف»<sup>(٣)</sup> .

### مذهب غير المالكية في حكم «ضع وتعجل» :

ذهب أكثر السلف إلى منع «ضع وتعجل» في الدين منهم : عمر  
ابن الخطاب ، وولده عبد الله ، وزيد بن ثابت رضي الله عنهم ، ومن  
قال به بعدهم ؛ الحكم بن عتيبة ، والشعبي ، وأبو حنيفة ، وهو  
مذهب الحنابلة ، وابن حزم الظاهري ، وأحد قولي الشافعي<sup>(٤)</sup> .

---

= (٣١٧هـ) . تاريخ بغداد (٧ / ١٠٧ - ١٠٨) ، السير (١٤ / ٥٣٠ - ٥٣١) ،  
البداية والنهاية (١١ / ١٦٣) .

(١) هو أبو الحسن محمد بن أبي عبد الله بن زرقون الأنصاري ، شيخ المالكية  
أوذي من جهة بني عبد المؤمن ، ولما أبطلوا القياس وألزموا الناس بالأثر  
والظاهر ، صنف «المعلّى في الرد على المحلى» و«قطب الشريعة» ، توفي سنة (٦٢١  
هـ) في شوال . الديباج (١ / ٢٦٠) ، شجرة النور (١ / ١٧٨) .

(٢) المتقى (٥ / ٦٤ - ٦٥) ، الزرقاني (٣ / ١٤٣ - ١٤٤) ، أوجز المسالك  
(١١ / ٣٢٨) .

(٣) التمهيد (٤ / ٩١) .

(٤) السنن الكبرى للبيهقي (٦ / ٢٨) ، المحلى (٨ / ٤٧٤) ، المغني والشرح  
الكبير (٤ / ٣٦١ - ٣٦٣) ، شرح فتح القدير (٥ / ٢٧٣) ، مطالب أولي النهى  
(٣ / ٤٤) ، أوجز المسالك (١١ / ٣٢٧ - ٣٢٨) .

وأجاز ضع وتعجل ابن عباس من الصحابة ، واختلفت الرواية فيه عن سعيد بن المسيب ، وبه قال النخعي ، وزفر من الحنفية ، والشافعي في أحد قوليهِ ، ولعله المنصور عند أصحابه<sup>(١)</sup> .

ومن الجائز أن يكون كل من أجاز «ضع وتعجل» من أهل العلم سلفاً وخلفاً إنما يقصد به الخط بغير شرط ، كأن يضع الدائن بغير شرط ، ويعجل المدين الباقي بغير شرط ، وهذا لا غبار عليه ؛ لأنه من باب المعروف<sup>(٢)</sup> ، وبخاصة عند من لا يجيز اشتراط الأجل في القرض ، فالغالب عنده أن لا يكون الخط من الدين إلا للمعروف ؛ لأن الدائن غير ملتزم بأجل معلوم .

وفيما يلي عرض أدلة القولين ومناقشتها .

### أدلة مالك والجمهور على تحريم «ضع وتعجل» :

استدل الجمهور على عدم جواز قول المدين للدائن ضع عني شيئاً من الدين وأعجل لك القضاء بما يلي :

أولاً : روي أن المقداد بن الأسود قال : أسلفت رجلاً مائة دينار ، ثم خرج سهمي في بعث بعثه رسول الله ﷺ ، فقلت له : عجل لي

(١) المغني والشرح الكبير (٤/ ٣٦١-٣٦٣) ، شرح فتح القدير (٥/ ٢٧٣) ، فتح العزيز (٩/ ٣٥٢) ، مغني المحتاج (٢/ ١٩٢) ، أوجز المسالك (١١/ ٣٢٧-٣٢٨) .

(٢) المحلى (٨/ ٤٧٤) ، الجصاص (١/ ٤٧٦) .

تسعين ديناراً وأحط عشرة دنانير، فقال: نعم، فذكر ذلك لرسول الله ﷺ فقال: «أكلت ربا يا مقداد وأطعمته»<sup>(١)</sup>.

وفي إسناده ضعف، قاله البيهقي<sup>(٢)</sup>، ولو صح لأغنى عما سواه لصراحته في محل النزاع.

ثانياً: وللجمهور من أقوال الصحابة ما يلي:

١- عن عبيد بن أبي صالح<sup>(٣)</sup> أنه قال: بعث بزألي من أهل نخلة إلى أجل، ثم أردت الخروج إلى الكوفة، فعرضوا عليّ أن أضع عنهم بعض الثمن وينقدوني، فسألت عن ذلك زيد بن ثابت فقال: «لا أمرك أن تأكل هذا، ولا توكله»<sup>(٤)</sup>.

٢- عن عبد الله بن عمر أنه سئل عن الرجل يكون له الدين على الرجل إلى أجل، فيضع عنه صاحب الحق ويعجله الآخر؟ فكره

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي، كتاب البيوع، باب لا خير في أن يعجله بشرط أن يضع عنه (٢٨/٦).

(٢) السنن الكبرى (٢٨/٦) ..

(٣) هو عبيد بن أبي صالح المكي، روى عن صفية بنت شيبة وعدي بن عدي الكندي ومجاهد، وعنه ثور بن يزيد وعبيد الله بن أبي جعفر المصري، قال ابن حجر: «ضعيف من الخامسة»، وصوب الاسم فقال هو: «محمد بن عبيد بن أبي صالح»، الكاشف (٢٣٨/٢)، تهذيب التهذيب (٣٣٠/٩) التقريب (٥٤٣/١)، (١٨٨/٢).

(٤) الموطأ (ص ٤٦٧-٤٦٨)، السنن الكبرى للبيهقي (٢٨/٦).

ذلك عبد الله بن عمر، ونهى عنه<sup>(١)</sup>.

٣- وفي الباب عن عمر، وأبي سعيد الخدري، والمقداد ابن عمرو؛ وكلهم كره الخطأ من الدين نظير تعجيله، وتبعهم في ذلك جمهور التابعين فمن بعدهم؛ ومنهم سليمان بن يسار<sup>(٢)</sup>، وقبيصة بن ذؤيب<sup>(٣)</sup>، وربيعه، ويحيى بن سعيد، وغيرهم<sup>(٤)</sup>.

استدلال مالك والجمهور بالمعقول:

استدل الجمهور أيضاً بالنظر الصحيح، وذلك كما يلي:

---

(١) الموطأ (ص ٤٦٨)، السنن الكبرى للبيهقي (٢٨/٦).

(٢) هو سليمان بن يسار مولى ميمونة بنت الحارث بن حزن، أحد فقهاء أهل المدينة وفضلائهم، روى عن مولاته ميمونة وأبي هريرة، وعنه يحيى بن سعيد وربيعه وصالح بن كيسان، وهو ثقة مأمون، ولد سنة (٣٤هـ)، واختلف في وفاته فقيل سنة (١٠٧هـ)، وقيل غير ذلك، وصحح ابن حبان أن وفاته كانت سنة (١١٠هـ). انظر الثقات (٤/٣٠١)، وتهذيب التهذيب (٤/٣٢٨ - ٣٣٠)، الكاشف (١/٤٠٢).

(٣) هو أبو سعيد قبيصة بن ذؤيب بن حلحلة الخزاعي، ويقال: أبو إسحاق المدني، كان من فقهاء المدينة وصالحينهم، روى عن عمر بن الخطاب وبلال وعثمان وغيرهم، وعنه رجاء بن حيوة والزهري وغيرهما، كان ثقة مأموناً، ولد عام الفتح، واختلف في وفاته فقيل سنة (٨٧هـ)، وقيل (٨٨هـ)، وقيل غير ذلك. انظر الكاشف (٣/٣٩٦)، تهذيب التهذيب (٨/٣٤٦ - ٣٤٧).

(٤) السنن الكبرى للبيهقي (٢٨/٦)، المدونة الكبرى (٤/١٣٠).

١ - قد ثبت تحريم ربا الجاهلية، وهو المعروف بـ«أنظرني أزدك» بصريح الكتاب، والسنة، وإجماع الأمة، ولما كان «ضع وتعجل» شبيه بالزيادة مع النظرة، بجامع مقابلة الزمان بمقدار من الثمن في الموضوعين جميعاً، فإن الزيادة في زمان الأول، قابلتها زيادة في قدر الدين، والخط من الزمان في الثاني قابله حط من قدر الدين، وبه يعلم أنهما سواء في الحكم<sup>(١)</sup>.

٢ - الخط من الدين مقابل تعجيله فيه شراء الجنس الواحد ببعضه متفاضلاً مع التأخير، والتفاضل والنساء في الجنس الواحد لا يجوز<sup>(٢)</sup>.

أدلة القائلين بجواز تعجيل الدين مقابل الخط منه :

استدل المخالف للجمهور بما يلي :

أولاً: فمن المنقول ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما قال :  
لما أمر النبي ﷺ بإخراج بنى النضير من المدينة، جاء ناس منهم فقالوا: يا رسول الله! إنك أمرت بإخراجهم ولهم على الناس ديون

---

(١) الكافي لابن عبد البر (٢/٦٦٩-٦٧٠)، المغني والشرح والكبير

(٤/٣٦١-٣٦٣)، بداية المجتهد (٢/١٤٤).

(٢) شرح الموطأ للزرقاني (٣/٣٢٤)، أوجز المسالك إلى موطأ مالك

(١١/٧٢٣).

لم تحل؟ فقال النبي ﷺ: «ضعوا وتعجلوا»<sup>(١)</sup>. وفي الحديث إباحة للحط من الدين مقابل تعجيله، وقد ثبت عن ابن عباس أنه كان لا يرى بأساً أن يقول المدين: أعجل لك وتضع عني<sup>(٢)</sup>.

ما يرد على هذا الاستدلال:

أعلّ هذا الحديث بضعف سنده؛ لقول الدارقطني: «اضطرب في إسناده مسلم بن خالد وهو سيء الحفظ ضعيف»<sup>(٣)</sup>، ولو صح لما كان فيه حجة على الجواز لأنه قضية عين، فقد أنصفهم النبي ﷺ حين اختار لهم أهون الشرين وأعلى المصلحتين؛ لما وجدهم في حاجة إلى أموالهم، فأمرهم أن يأخذوا ما وجدوه عند دائنيهم ولا يكلفوهم ما لا يطيقون بسبب مفاجأتهم على غير استعداد للقضاء، أو أنّ هذا الحديث كان قبل نزول تحريم الربا<sup>(٤)</sup>، وقد روي عن ابن عباس مثل قول الجمهور<sup>(٥)</sup>.

ثانياً: وللقائلين بالجواز من المعقول: أن في الحط من الدين

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي، كتاب البيوع - باب من عجل له أدنى من حقه (٢٨/٦)، سنن الدارقطني، كتاب البيوع (٤٦/٣).

(٢) المرجع السابق.

(٣) سنن الدارقطني (٤٦/٣).

(٤) أوجز المسالك (٣٢٨/١١).

(٥) المدونة الكبرى (١٣٠/٤).



منفعة للمدين فصار من أسباب الزيادة في الإرفاق فلم يمنع<sup>(١)</sup>.

#### الترجيح :

بعد عرض أدلة القولين تبين لي - والله تعالى أعلم - رجحان مذهب مالك والجمهور المقتضي منع الخط من الدين مقابل تعجيله ؛ لكثرة القائلين به من الصحابة رضوان الله عليهم ، وقلة المخالف لهم ، وقوة قياسهم ، مع اعتضاد قولهم بإجماع أهل المدينة وعملهم المتصل ، ثم إن الخط من الدين على وجه المعروف من غير اشتراط التعجيل ، ليس بعيداً عن مذهب الجمهور ، وبه يمكن الجمع بين القولين ؛ على أن المنع إنما كان لأجل اشتراط الخط مقابل التعجيل ، والجواز إنما أريد به الخط لأجل المعروف من غير اشتراط .

---

(١) مغني المحتاج (٢/١٩٢) ، أوجز المسالك (١١/٣٢٨).

## المبحث الرابع عشر

### استقراض الحيوان

القرض لغة: القطع، ومن معانيه أيضاً: ما يتجازى به الناس ويتقاضونه، أي: ما أسلفه من إحسان ومن إساءة<sup>(١)</sup>.

وهو في الاصطلاح: «دفع مال لمن ينتفع به، ويرد بدله»<sup>(٢)</sup>.

وقرض المحتاج من عمل البر والإحسان الذي رغب فيه الشارع، والأصل فيه أن يكون في المثليات حتى يتمكن المقترض من رد المثل دون زيادة أو نقصان، فهل يجوز في القيميات ومنها الحيوان؟

ذهب الإمام مالك رحمه الله إلى جواز استلاف الحيوان؛ لإجماع أهل بلده على ذلك.

توثيق المسألة:

جاء في الموطأ: «قال مالك: الأمر المجتمع عليه عندنا أن من استسلف شيئاً من الحيوان بصفة وتحلية<sup>(٣)</sup> معلومة فإنه لا بأس بذلك،

---

(١) لسان العرب (٧/٢١٦-٢١٧).

(٢) حاشية الروض المربع (٥/٣٦)، ونحوه في الشرح الصغير (٣/٢٩١).

(٣) التحلية: الخلقة والصفة والصورة، والتحلية الوصف. لسان العرب (١٤/١٩٦).

وعليه أن يرد مثله»<sup>(١)</sup>.

وعليه فإن أهل المدينة مجمعون على جواز استسلاف ما عدا الإماء من الحيوان، على أن يكون معلوم الصفة والحلية؛ ليتمكن المستقرض من رد مثله<sup>(٢)</sup>، وتبع المالكية جميعاً مذهب أسلافهم من أهل المدينة في جواز قرض واستقراض الحيوان، ولا يجوز عندهم استقراض الإماء خشية الذريعة إلى إحلال ما لا يحل، وقد روي عن المازري إباحة ذلك<sup>(٣)</sup>.

مذهب غير المالكية في حكم استقراض الحيوان:

وافق أكثر أهل العلم من السلف والخلف مالكا في جواز استقراض الحيوان، إلا أن بعضهم لا يستثنى الجواري، ومنهم المزني، وابن جريج، وداود الظاهري، وابن حزم، ومحمد بن جرير الطبري<sup>(٤)</sup>.

ومذهب أبو حنيفة وأصحابه، وفقهاء الكوفة، والثوري، والحسن

---

(١) الموطأ (ص ٤٧٥).

(٢) المنتقى (٩٩/٥).

(٣) الإشراف (٢٧٨/١)، الكافي (٧٢٨/٢)، المنتقى (٩٩/٥).

(٤) الأم (٩٤/٣)، التمهيد (٦٢-٦٧/٤)، المحلى (٥٧١/٨)، (٥٧٢)،

النووي على مسلم (٣٧/١٠)، فتح العزيز للرفاعي (٣٥٨-٣٥٩/٩)، المغني والشرح الكبير (٣٥٥/٤).

ابن صالح خلاف الجمهور، فقالوا: إن استقراض الحيوان لا يجوز ولا يشرع الاستقراض إلا بماله مثل<sup>(١)</sup>.

وعليه فإن الخلاف دائر بين القائلين بجواز استقراض الحيوان في الجملة، وهم المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية وغيرهم، والقائلين بعدم جواز استقراض الحيوان، وهم الحنفية ومن وافقهم. وأما مسألة استقراض الإماء، فلا تأتي معنا؛ لأن الذين منعوا قرض الإماء، فعلوا ذلك خشية الذريعة إلى الحرام، وقاسوها المجيز على الذكور من العبيد.

وفيما يلي عرض أدلة الجمهور، ثم نتبعها بأدلة المانعين لاستقراض الحيوان.

#### أدلة مالك والجمهور:

استدل مالك والجمهور على جواز استقراض الحيوان بالمنقول والمعقول، ولهم من المنقول ما يلي:

#### أولاً- من القرآن الكريم:

قوله عز وجل: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ...﴾<sup>(٢)</sup>، ووجه الدلالة: أن الآية جاءت عامة في

(١) الحجة على أهل المدينة (٧٢٦-٧٢٧) عمدة القارئ (١٢/٥٤)،

بدائع الصنائع (١٠/٤٩٨٠)، البناية (٦/٦١٣) أوجز المسالك (١١/٣٥٧).

(٢) سورة البقرة (٢٨٢).

كل ما دفع على وجه القرض أو السلم، فدخل في العموم الحيوان وغيره، ولا يجوز إخراج شيء من هذا العموم بلا دليل<sup>(١)</sup>.

ثانياً- ولهم من السنة الشريفة مايلي:

الحديث الأول: عن أبي رافع رضي الله عنه، أن رسول الله ﷺ «استلف من رجل بكرة»<sup>(٢)</sup>، فقدمت عليه إبل من إبل الصدقة، فأمر أبا رافع أن يقضي الرجل بكره، فرجع إليه أبو رافع فقال: لم أجد فيها إلا خياراً<sup>(٣)</sup> رباعياً<sup>(٤)</sup>، فقال: أعطه إياه، إن خيار الناس أحسنهم قضاء»<sup>(٥)</sup>.

الحديث الثاني: عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: «كان لرجل على النبي ﷺ سن»<sup>(٦)</sup> من الإبل، فجاءه يتقاضاه فقال: أعطوه، فطلبوا سنّه فلم يجدوا إلا سنّاً فوقها، فقال: أعطوه، فقال: أوفيتني أوفى الله

---

(١) الملحق (٨ / ٥٧١).

(٢) البكر: الفتى من الإبل. لسان العرب (٤ / ٧٩).

(٣) يقال: جمل خيار وناقة خيار، أي كريمة فارهة. لسان العرب (٤ / ٢٦٦).

(٤) الرباع: يقال للذكر من الإبل إذا طلعت رباعيته، وذلك إذا دخل في السنة السابعة. لسان العرب (٨ / ١٠٨ - ١٠٩).

(٥) صحيح مسلم، كتاب المساقاة- باب من استسلف شيئاً فقضى خيراً منه

(٣ / ١٢٢٤)، سنن النسائي، بيع- باب استسلاف الحيوان واستقراضه

(٧ / ٢٩١)، ابن ماجه، أبواب التجارات- باب السلم في الحيوان (٢ / ٣٣)

(٦) السن من الإبل، أي ذوات السن. لسان العرب (١٣ / ٢٢١)

بك، قال النبي ﷺ: «إن خياركم أحسنكم قضاء»<sup>(١)</sup>، وهو عند مسلم بلفظ: «استقرض رسول الله ﷺ سناً، فأعطى سناً فوقه، وقال: خياركم محاسنكم قضاء»<sup>(٢)</sup>.

وفي الترمذي<sup>(٣)</sup>، والنسائي<sup>(٤)</sup> بنحوه، وهذا الحديث والذي قبله نص في جواز استقراض الحيوان<sup>(٥)</sup>.

الحديث الثالث: عن العرباض بن سارية رضي الله عنه قال: «بعت رسول الله ﷺ بكراً، فأتيته أتقاضاه، فقال: أجل لا أقضيها إلا نجبية، فقضاني فأحسن قضائي، وجاءه أعرابي يتقاضاه سنه، فقال رسول الله ﷺ: أعطوه سناً، فأعطوه يومئذ جملاً، فقال: هذا خير من سني، فقال: خيركم خيركم قضاء»<sup>(٦)</sup>، وهو شاهد

---

(١) صحيح البخاري، كتاب الوكالة-باب وكالة الشاهد والغائب جائزة (٣/١٣٠).

(٢) صحيح مسلم الباب السابق (٣/١٢٢٥).

(٣) سنن الترمذي الباب السابق (٤/٣٢٠-٣٢١).

(٤) سنن النسائي، المرجع السابق.

(٥) الأم (٣/١١٧)، الإشراف (١/٢٧٨)، التمهيد (٤/٥٨، ٦٢، ٦٤)،

تلخيص الحبير (٣/٣٤) النووي على مسلم (١٠/٣٧)، الأبي (٤/٢٩٢)،  
نيل الأوطار (٥/٣٤٧-٣٤٩).

(٦) سنن النسائي، كتاب البيوع-باب استسلاف الحيوان واستقراضه،

(٧/٢٩١-٢٩٢)، سنن ابن ماجه، أبواب التجارات-باب السلم في الحيوان (٢/٣٣).

على جواز ثبوت الحيوان في الذمة بصفته في القرض وغيره<sup>(١)</sup>.

الحديث الرابع: عن عمرو بن حريش<sup>(٢)</sup>، عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما، أن رسول الله ﷺ «أمره أن يجهز جيشاً، فنفدت الإبل، فأمره أن يأخذ في قلاص<sup>(٣)</sup> الصدقة، فكان يأخذ البعير بالبعيرين إلى إبل الصدقة<sup>(٤)</sup>». وفيه جواز ثبوت الحيوان في الذمة بصفة إلى أجل في القرض وغيره.

ما يرد على الاستدلال بالأحاديث السابقة:

أورد الحنفية على الاستدلال بالأحاديث المتقدمة ما يلي:  
أما من جهة السند فلم يجدوا منفذاً للطعن في الأحاديث الثلاثة الأولى، وقالوا عن حديث عبد الله بن عمرو: لاجحة فيه

---

(١) نيل الأوطار (٣٤٧/٥ - ٣٤٩).

(٢) هو أبو محمد عمرو بن حريش الزبيدي، روى عن عبد الله بن عمرو بن العاص، وعنه أبو سفيان، ذكره ابن حبان باسم عمرو بن حبش، وقال: هو الذي يقال له: عمرو بن حريش، وقد فرق بينهما ابن حجر وغيره، من الرابعة. انظر الثقات (١٧٣/٥)، الكاشف (٢٢٧/٢) تهذيب التهذيب (٢٠/٨)، التقريب (٦٨/٢).

(٣) القلاص: جمع قُلُوص وهي الفتية من الإبل، وقيل: أول ما يركب من إناث الإبل، وقيل: هي الناقة الطويلة القوائم. لسان العرب (٨١/٧).

(٤) سنن أبي داود، كتاب البيوع. باب الرخصة في بيع الحيوان نسيئة (٣/٦٥٢-٦٥٣)، ورواه الحاكم في البيوع (٥٦/٢)، وقال: «صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه».

لاضطراب إسناده، ولأن فيه أبا سفيان<sup>(١)</sup> عن عمرو بن حريش،  
وكلاهما مجهول الحال<sup>(٢)</sup>.

وقال الخطابي: «طرق هذا الحديث واهية وليست بالقوية»<sup>(٣)</sup>،  
وقال ابن حجر: «في إسناده ابن إسحاق، وقد اختلف عليه  
فيه»<sup>(٤)</sup>، وقال الزيلعي: «قال ابن القطان: هذا حديث ضعيف  
مضطرب الإسناد، ومع هذا الاضطراب فعمر بن حريش ومسلم  
ابن جبير<sup>(٥)</sup> مجهولان، وأبو سفيان فيه نظر»<sup>(٦)</sup>، وما  
صح من الأحاديث فهو منسوخ بآية الربا التي حرمت كل قرض جر

---

(١) هو أبو سفيان، عن عمرو بن حريش، وعنه مسلم بن جبير، قال ابن  
معين: «هو ثقة مشهور» وقال الذهبي: «لا يعرف»، وقال ابن حجر: «مقبول من  
السادسة». انظر ميزان الاعتدال (٤/ ٥٣١)، تهذيب التهذيب (١٢/ ١١٣)،  
التقريب (٢/ ٤٢٩).

(٢) ميزان الاعتدال ترجمة رقم ٦٣٤٩، (٣/ ٢٥٢)، نتائج الأفكار بحاشية  
فتح القدير (٥/ ٣٢٨).

(٣) معالم السنن (٥/ ٢٨).

(٤) تلخيص الحبير (٣/ ٨).

(٥) روى عن أبي سفيان عن عمرو بن حريش، وعنه يزيد بن أبي حبيب، قال  
ابن حبان: «مسلم بن الجرشي روى عن ابن عمرو وعنه معلى بن عطاء»، قال ابن  
حجر: «فيحتمل أن يكون هو هذا» وقال الذهبي: «لا يدري من هو»، من الرابعة.  
انظر الثقات (٥/ ٣٩٣)، الكاشف (٣/ ١٣٩)، تهذيب التهذيب (١٠/ ١٢٤).  
(٦) نصب الرأية (٤/ ٤٧).



نفعاً، وردت الأشياء المستقرضة إلى أمثالها، فلم يجز القرض إلا فيما له مثل، وقد كان بيع الحيوان بالحيوان جائزاً قبل تحريم الربا، ثم جاءت الأحاديث بمنع ذلك صراحة، ومنها: حديث سمرة بن جندب، ولفظه: «أن النبي ﷺ نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة»<sup>(١)</sup>.

---

(١) هذا الحديث رواه أبو داود في كتاب البيوع - باب بيع الحيوان بالحيوان نسيئة (٣/ ١٦٥٢)، ورواه الترمذي في البيوع - باب ما جاء في كراهية بيع الحيوان بالحيوان نسيئة (٤/ ٢٣٣)، وأخرجه النسائي في البيوع - باب الحيوان بالحيوان نسيئة (٧/ ٢٩٢)، وابن ماجه، أبواب التجارات - باب الحيوان بالحيوان نسيئة (٢/ ٣٠)، وراه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب البيوع - باب ما جاء في بيع الحيوان نسيئة (٥/ ٢٨٨).

وقد تكلم فيه بعض أهل الشأن وضعفوه، ومنهم الإمام الشافعي الذي قال: «هو غير ثابت عن النبي ﷺ»، السنن الكبرى للبيهقي (٩/ ٢٨٩)، معالم السنن (٥/ ٢٧)، وقال البيهقي: «أكثر الحفاظ لا يثبتون سماع الحسن البصري عن سمرة في غير حديث العقيدة»، السنن الكبرى (٥/ ٢٨٨)، وقال أيضاً: «روينا عن البخاري أنه وهن رواية وصله»، السنن الكبرى (٥/ ٢٨٨)، وقال الخطابي: «والحسن عن سمرة مختلف في اتصاله عند أهل الحديث، وحكى عن يحيى بن معين أنه قال: الحسن عن سمرة صحيفة». معالم السنن (٥/ ٢٧).

وصححه بعض أهل الحديث ومنهم الترمذي الذي قال: «حديث سمرة حديث حسن صحيح وسماع الحسن من سمرة صحيح، هكذا قال علي بن المديني وغيره». السنن (٤/ ٢٣٤)، ومنه روايات أخرى ومنها: ما رواه ابن عباس وغيره، السنن (٤/ ٢٣٤)، وذكره غير واحد، وقال عنه البزار: «ليس =

ومثل قضاؤه ﷺ بالقيمة في نصيب الشريك في العبد ولم يوجب نصف أو ربع عبد مثله (١) .

ومع هذه النصوص المعارضة لحديث أبي رافع وما في معناه،

---

== أجل إسناده من هذا. نصب الراية (٤/ ٤٨)، تهذيب ابن القيم بحاشية مختصر أبي داود ومعالم السنن (٥/ ٢٧)، وتعقب بقول البخاري: «هو من طريق عكرمة، عن ابن عباس موقوفاً، وعكرمة عن النبي ﷺ مرسل»، مختصر أبي داود ومعالم السنن (٥/ ٢٨)، وقال البيهقي: «وكل ذلك وهم، والصحيح عن عكرمة مرسل». السنن الكبرى (٥/ ٢٨٩)، وقال ابن خزيمة: «الصحيح عند أهل المعرفة بالحديث هذا الخبر مرسل، وليس بمتصل»، السنن الكبرى للبيهقي (٥/ ٢٨٩)، وهو من حديث ابن عمر مرسل كذلك، لقول البخاري: «حديث زياد بن جبير عن النبي ﷺ مرسل»، وطرق هذا الحديث واهية، ليست بالقوية. مختصر أبي داود، وتهذيب ابن القيم بحاشيته بعد حاشية الخطابي (٥/ ٢٧-٢٨)، وقال البيهقي: «فيه محمد بن دينار، وقد ضعفه ابن معين». نصب الراية (٤/ ٤٨).

وأما حديث جابر بن سمرة، قال ابن القيم: «إنما رواه عبد الله بن أحمد في مسند أبيه». التهذيب بحاشية المختصر ومعالم السنن للخطابي (٥/ ٢٧)، وقد تقدم توهين البخاري لكل رواية وصلت هذا الحديث.

(١) أخرج البخاري في كتاب المظالم - باب الشركة في الرقيق، أن النبي ﷺ قال: «من أعتق شركاً له في مملوك وجب عليه أن يعتق كله إن كان له مال قدر ثمنه يقام قيمة عدل، ويعطي شركاؤه حصتهم، ويخلي سبيل المعتق»، ورواه عن أبي هريرة بنحوه (٣/ ١٨٤-١٨٥)، وأخرجه مسلم من طرق كثيرة في كتاب الأيمان - باب من أعتق شركاً له في عبد (٣/ ١٢٨٦-١٢٨٩).

فليس في تلك الأحاديث إلا الثناء على من أحسن القضاء مطلقاً دون تقييد بصفة، ولا دلالة في حديث أبي رافع على ثبوت القرض في ذمة النبي ﷺ؛ لأنه قضاه من إبل الصدقة، والصدقة حرام عليه، فكيف جاز له ذلك؟ أما حديث عبد الله بن عمرو فلم يصح كما تقدم، ولو صح لحمل على وقوعه في دار الحرب؛ إذ لاربا بين المسلم والحربي فيها، وتجهيز الجيش وإن وقع في دار الإسلام، فإن إحضار السلاح والآلات يكون من دار الحرب؛ لعزتها في دار الإسلام يومئذ<sup>(١)</sup>.

مناقشة ما أورده الحنفية على الاستدلال بالأحاديث السابقة:

دعوى الحنفية- نسخ الأحاديث الدالة على جواز استقراض الحيوان- لا تصح ولا تقبل؛ لأنها دعوى بغير دليل، إذ ليس في آيات الربا ما يدل على بيع الحيوان بالحيوان، ولا منع استقراضه، وقد تضمنت آية الدين بعمومها جواز استقراض الحيوان وغيره، أما ما عارضوا به من أحاديث النهي عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة، فقد تكلم فيها، ولو رجحنا صحتها فقد حملها كثير من أهل العلم على بيع الكالئ بالكالئ؛ لأن النهي عن النسيئة فيها في الطرفين<sup>(٢)</sup>.

---

(١) شرح معاني الآثار (٤/٦٠)، التمهيد (٤/٦٣)، اللباب (٢/٥٢٣)،

عمدة القارئ (١٢/٤٥)، البناء (٦/٦١٣-٦١٤).

(٢) سنن أبي داود (٣/٦٥٢-٦٥٣)، معالم السنن (٥/٢٧-٢٨).

ولو سلمنا أن منع البيع هو الراجح، فحديث أبي رافع، وأبي هريرة، والعرباض بن سارية مخصصة للقرض من عموم النهي عن البيع، كما في الحنطة، فإنه لا يجوز بيع بعضها ببعض نسيئة ويجوز قرضها، فكذلك الحيوان<sup>(١)</sup>، وقولهم: لا دلالة في حديث أبي هريرة والعرباض بن سارية على ثبوت القرض في ذمة النبي ﷺ، وليس فيها إلا الثناء على من أحسن القضاء دون التقيد بصفة غير صحيح، لأن حديث أبي هريرة والعرباض بن سارية صريح في ثبوت القرض في ذمة النبي ﷺ، ولو سلم عدم اقتراض النبي ﷺ لنفسه، فلا نزاع في ثبوت اقتراضه لغيره، بصفته أميراً للمسلمين وولياً على مصالحهم، وقد ثبت التقيد بالصفة؛ لأنهم بحثوا عند القضاء عن المثل فلم يجدوه، فقضوا خيراً منه.

أما حديث عبد الله بن عمرو، فقد أورد له البيهقي شاهداً عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده وصححه<sup>(٢)</sup>، وقد أغنت عنه الأحاديث الصحيحة، وقولهم باحتمال وقوع التبائع المذكور في دار الحرب، تكلف وتعسف لا يستساغ، ولو وقع التبائع في دار الحرب

---

(١) النووي على مسلم (٣٧/١٠)، الأبي (٢٩٢/٤)، اللباب (٥٢٣-٥٢٤)، نيل الأوطار (٣٤٧-٣٤٩).

(٢) السنن الكبرى (٢٨٧-٢٨٨)، معالم السنن للخطابي (٢٧-٢٨).

فعلا لما سلم لهم ؛ لأن إباحة التعامل بالربا في دار الحرب مبني على مرجوح لا يعول عليه ولا يلتفت إليه .

استدلال مالك والجمهور بالمعقول على جواز استقراض الحيوان :

وللجمهور من النظر ما يلي :

١- إن الأصل فيما يصلح للقرض الإباحة ، حتى يصح المنع من وجه لا معارض له ، ولم يصح في المنع دليل بلا معارض ، فتعين البقاء على الأصل<sup>(١)</sup> .

٢- لما كان الحيوان مما يصلح أن يثبت في الذمة مهراً ، فإنه يصح أن يثبت في الذمة قرضاً<sup>(٢)</sup> .

٣- يصير الحيوان معلوماً ببيان جنسه ونوعه وصفته وصورته ، وهذا البيان يجعل التفاوت يسيراً كالتفاوت في الثياب ، فيصح استقراضه كصححة استقراض الثياب<sup>(٣)</sup> .

وتعقبه الحنفية ، بأن البيان المذكور لا يمنع التفاوت الفاحش في المالية باعتبار المعاني الباطنة ، ولا يقاس على الثياب لأنه مصنوع

---

(١) التمهيد (١٧/٤) .

(٢) الإشراف (٢٧٨/١) ، التمهيد (٧٤/٤) .

(٣) الإشراف (٢٧٨/١) .

العباد، فلا يتفاوت إلا يسيراً؛ لأن اتحاد الصانع والآلة يفضي إلى اتحاد المصنوع<sup>(١)</sup>.

وهذا الجواب غير مسلّم؛ لأن الصانع يختلفون باختلاف المهارة المكتسبة، والآلات تختلف في الإثقان والجودة، والثياب تختلف باختلاف مادة النسيج، والمعول عليه في كل الضبط بالصفة والنوع وما إلى ذلك.

أدلة الحنفية على عدم جواز استقراض الحيوان:

لم أجد للحنفية - فيما اطلعت عليه - من صريح المرفوع شيئاً، إلا ما ذكروه من النهي عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة، وهو بعيد عن محل النزاع كما تقدم، ولا يمتنع الجمع بينه وبين ما دل على جواز استقراض الحيوان، كما نسبوا منع استقراض الحيوان إلى ابن مسعود وحذيفة، وعبد الرحمن<sup>(٢)</sup>.

وباقى أدلتهم من المعقول وهي كما يلي:

١ - أجمع المسلمون على منع استقراض الإماء وهن من الحيوان فاستقراض سائر الحيوان في النظر أيضاً كذلك<sup>(٣)</sup>.

---

(١) البناية (٦/٦١٣-٦١٤).

(٢) شرح معاني الآثار (٤/٦٣)، مصنف عبد الرزاق (٨/٢٣ - ٢٥)، السنن الكبرى (٦/٢١-٢٣)، اللباب (٢/٥٢٤)، التمهيد (٤/٦٢).

(٣) الحجة (٢/٧٢٧)، معاني الآثار (٤/٦٢)، اللباب (٢/٥٢٢).

٢- لا يقدر أحد أن يقف على صفة الحيوان؛ لأن مشيه وحركاته وجريه وملاحظته، كل ذلك لا يدرك وصفه، وكل ذلك يزيد في ثمنه ويرفع من قيمته، وبهذا كله يعظم التفاوت بين حيوان وحيوان، فيتعذر إيجاب رد العين، ولا إيجاب رد القيمة؛ خشية المنازعة، لاختلاف القيمة باختلاف المقومين، فتعين أن يكون الواجب فيه المثل، فلزم اختصاص جوازه بما له مثل<sup>(١)</sup>.

٣- إن المجيزين لقرض الحيوان يوجبون على من غصب بعيراً واستهلكه قيمة يوم القبض، وفي هذا ترك للقول بإجازة القرض<sup>(٢)</sup>.

مناقشة ما استدل به الحنفية على منع القرض في الحيوان:

تقدم الجواب عما زعموه من نسخ جواز استقراض الحيوان بآية الربا، وأحاديث المنع من بيع الحيوان بالحيوان نسيئة، أما ما نسبوه إلى ابن مسعود وغيره من منع القرض في الحيوان، فهو مخالف لما صح من اقتراض النبي ﷺ، ولا حجة في قول أحد معه عليه الصلاة والسلام، وقد خالف ابن مسعود غيره من الصحابة مثل عبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر، كما ثبت عنه أنه كان لا يرى بأساً أن

---

(١) بدائع الصنائع (١٠/٤٩٨١)، التمهيد (٤/٦٣)، نيل الأوطار

(٣٤٩/٥).

(٢) الحجة (٢/٢٨)، (٧/٧٢٩).

يسلف الرجل في الحيوان إلى أجل معلوم<sup>(١)</sup>، وذكر البيهقي أن ما روي عن ابن مسعود منقطع<sup>(٢)</sup>، وقد نقل عنه القضاء بما يوافق مذهب الجمهور<sup>(٣)</sup>، هذا مع مخالفة قوله الأول لإجماع أهل المدينة وعملهم المتصل ونقلهم المتواتر، فإن يحيى بن سعيد لما بلغه قول ابن مسعود بمنع السلف في الحيوان قال: «وما لنا ولا بن مسعود في هذا، قد كان ابن مسعود يتعلم منا ولا نتعلم منه، وقد كان يقضي في بلاده بأشياء فإذا جاء المدينة وجد القضاء على غير ما قضى به فيرجع إليه»<sup>(٤)</sup>.

واستدلّاهم بالمعقول لا اعتداد به لمصادمة النص من الكتاب والسنة الصحيحة، ولو لم يصادم النص لما كان لهم فيه حجة؛ لأن قولهم: أجمع المسلمون على منع استقراض الإماء فكذلك سائر الحيوان غير صحيح؛ لأن المسلمين لم يجمعوا على ذلك، فقد جوز استقراضهن طائفة من أهل العلم، منهم الظاهرية، والمزني، وابن جريج، والمازري وغيرهم، ثم إن المنع من استقراض الإماء كان لنهي السلف عن ذلك، ومنع الذريعة إلى ما لا يجوز، ولذلك جوز

---

(١) مصنف عبد الرزاق (٨/٢٥)، السنن الكبرى للبيهقي (٦/٢٢).

(٢) السنن الكبرى للبيهقي (٦/٢٢-٢٣).

(٣) المرجع السابق (٦/٢٣).

(٤) التمهيد (٤/٦٤-٦٥).



كثير من العلماء قرضهن لذوي محارمهن ، فلا سبيل إلى قياس سائر الحيوان على الجواري<sup>(١)</sup>.

وأما اعتلال الحنفية بأن الحيوان لا يمكن وصفه فغير مسلم؛ لأن الواصف يأتي من صفة الحيوان بما يمنع الإشكال ويوجب الفرق بين الموصوف وغيره، كسائر الموصوفات من غير الحيوان<sup>(٢)</sup> وما ذكره من تناقض القائلين بإباحة القرص في الحيوان حين قالوا بوجوب قيمة يوم القبض في الحيوان المستهلك غير سليم، فستان ما بين القرص الذي مبناه على المعروف والإحسان، ورد الحق لصاحب الحيوان المغصوب الذي مبناه إنصاف المظلوم، وإعادة حقه إليه تاماً، وقد ناقض أصحاب أبي حنيفة أنفسهم أيضاً عندما أجازوا أن يكتب الرجل عبده على مملوك<sup>(٣)</sup>.

### الترجيح:

بعد عرض أدلة القولين ومناقشتها، ظهر جلياً رجحان مذهب أهل المدينة ومعهم الجمهور في جواز استقراض الحيوان، لما يأتي:

---

(١) التمهيد (٦٢/٤ - ٦٧)، المحلى (٥٧١/٨ - ٥٧٢)، النووي على مسلم (٣٧/١٠)، المتقى (٩٩/٥)، المغنى والشرح الكبير (٣٥٥/٤)، فتح العزيز للرافعي (٣٥٨/٩ - ٣٥٩).

(٢) التمهيد (٦٥/٤).

(٣) المرجع السابق (٦٤/٤).

أولاً: قوة أدلتهم من المنقول والمعقول ، ولم يقابلها المخالف بمثلها  
في الصراحة والقوة .

ثانياً: ما ذكره المانعون لاستقراض الحيوان من عمومات ، كمنع  
بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ، فبرغم الاختلاف بين المنع والجواز في بيع  
الحيوان بالحيوان نسيئة ، وتعارض الأدلة في ذلك ، فلا يمتنع الجمع بين  
المنع من بيع الحيوان بالحيوان نسيئة وجواز استقراضه ولو اعتقدنا  
رجحان مذهب المنع ، فكيف والمنازعة في ذلك قوية والأدلة متعادلة؟

## المبحث الخامس عشر

### إذا أفلس الحر لا يؤاجر

ديون الحر تتعلق بذمته ، ولا صلة لها برقبته ، فلا يجوز لأحد أن يسترق المدين كما كان سائداً في الجاهلية ؛ لأن الإسلام ألغى ومنع قطعياً استرقاق الحر بسبب إحاطة الديون بماله ، أما مؤاجرته لتسديد ما عليه من ديون لا تفي بها ذمته ، فهو محل خلاف بين العلماء ، ومذهب الإمام مالك رحمه الله تعالى ، أن الحر إذا أفلس لا يؤاجر ، لإجماع أهل بلده على ذلك .

#### توثيق المسألة :

جاء في المدونة : «قال مالك : الأمر عندنا الذي لا اختلاف فيه أن الحر إذا أفلس لا يؤاجر»<sup>(١)</sup> ، ومضى أصحاب مالك على هذا ، فلا يكلف عندهم المفلس الذي أحاطت الديون بماله أن يكتسب ، ولو كان ذا صنعة<sup>(٢)</sup> .

#### مذهب غير المالكية في حكم مؤاجرة الحر إذا أفلس :

وافق مالكا في منع مؤاجرة الحر إذا أفلس كل من أبي حنيفة وأصحابه ، والشافعي وأصحابه ، وإحدى الروايتين عن الإمام

---

(١) المدونة (٢٠٥/٥ ، ٢٣٣) .

(٢) الإشراف (١٢/٢) ، مواهب الجليل (٣٣/٥) .

أحمد، وهو الظاهر من قول أبي جعفر الطبري<sup>(١)</sup>.

وقال الزهري، والليث بن سعد: يؤاجر الحر المعسر، فيقضى دينه من أجرته، وبه قال أحمد في إحدى الروايتين، وهو الصحيح عند الحنابلة، وإليه ذهب ابن حزم الظاهري<sup>(٢)</sup>.

فبان مما تقدم: أن الخلاف بين مالك ومن وافقه وهم الجمهور، وقد قالوا بعدم إلزام الحر المفلس بالتكسب لقضاء ما تبقى من دين عليه، وجمهور الحنابلة وبعض أهل العلم الذين أجازوا ذلك.

وفيما يلي عرض أدلة القولين ومناقشتها.

أدلة الجمهور على منع تأجير الحر المفلس:

استدل الجمهور لتأييد مذهبهم بالمنقول والمعقول.

فمن المنقول احتجاجوا بما يلي:

أولاً: قول الله عز وجل: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ...﴾<sup>(٣)</sup>

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/١٠٤)، تفسير الطبري (٣/٧٤)، المغني (٤/٤٩٨-٤٩٩) البناية (٧/٣٢)، فتح العزيز بحاشية المجموع (١٠/٢٢٣)، مغني المحتاج (٢/١٥٤) الإنصاف (٥/٣١٧).

(٢) المحلى (٨/٦٣٢-٦٣٣)، المغني (٤/٤٩٨-٤٩٩)، الإنصاف (٥/٣١٧)، مطالب أولي النهى (٣/٣٩٧).

(٣) البقرة (٢٨٠).

وسبب نزول هذه الآية أن ثقيفاً لما طلبوا أموالهم من بني المغيرة،  
شكى بنو المغيرة العسرة، وطلبوا التأجيل إلى وقت جني ثمارهم،  
فنزل قول الله تعالى يأمر بالنظرة إلى الميسرة، وخص بعض أهل  
العلم هذه الآية بالربا، فقالوا: هي ناسخة لما كان في الجاهلية من بيع  
من أعسر، وأمرة بالتأخير دون زيادة على المدين، وقال الأكثر: هي  
عامة في جميع الناس، فكل من أعسر أنظر، سواء كان الحق الذي  
على المعسر من دين حلال أو عن ربا، وبه قال أبو هريرة والحسن  
وعامة الفقهاء.

وجمع بعضهم بين القولين، فقال: هي لكل معسر ينظر في  
الربا والدين كله، قال النحاس<sup>(١)</sup>: «وهذا أحسن ما قيل فيها؛ لأنه  
يجمع بين الأقوال، فمن الجائز أن تكون ناسخة عامة نزلت في  
الربا، ثم صار حكم غيره كحكمه، ويؤيد هذا الجمع ورود القراءة  
برفع «ذو»، ومعناه إذا وقع ذو عسرة من الناس أجمعين، ولو خصت  
الآية بالربا لكان النَّصْب»<sup>(٢)</sup>.

---

(١) هو أبو جعفر أحمد بن محمد بن إسماعيل المصري، حدث عن محمد  
ابن جعفر وبكر بن سهل والحسن بن غليب وعدة، وعنه أبو بكر محمد بن علي  
وغیره، من كتبه: «إعراب القرآن» و«الناسخ والمنسوخ»، مات في ذي الحجة  
سنة (٣٠٨ هـ). السير (١٥/٤٠١-٤٠٢)، البداية والنهاية (١١/٢٢٢)،  
شذرات الذهب (٢/٣٤٦).

(٢) تفسير الطبري (٣/٧٣-٧٤)، الجامع لأحكام القرآن (٣/٣٧١-  
٣٧٢).

ووجه الدلالة في الآية على منع تأجير الحر إذا أفلس ، أن الأمر فيها بالإنظار إلى الميسرة عند إعسار المدين يمنع التصرف في رقبته ببيع أو تأجير ونحوهما ، فلا سبيل للدائن أو غيره على رقبته<sup>(١)</sup> ، فصح أن الآية دليل على منع مؤاجرة الحر المفلس .

ما يرد على الاستدلال بالآية :

أورد المخالف على الاستدلال بالآية السابقة ما يلي :

١- قالوا: لا يدخل المفلس القادر على الكسب في عموم الآية؛ لأنه في حكم الأغنياء في حرمانه من أخذ الزكاة ، وسقوط نفقته عن قريبه ، ووجوب الإنفاق على قريبه<sup>(٢)</sup> .

٢- الميسرة التي أمر بالإنظار إليها ، تكون بسعي أو بغيره ، وقد قال الله تعالى: ﴿... وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ...﴾<sup>(٣)</sup> ، فيؤمر بابتغاء فضل الله الذي أمر به ، فيجبر ويلزم بالتكسب ؛ إنصافاً لغرمائه وقياماً بأهله ونفسه ، ولا يترك بحال يضيع نفسه وعياله والحقَّ الواجبَ عليه<sup>(٤)</sup> .

---

(١) الجصاص (١/ ٤٨٠) ، الطبري (٣/ ٧٤) ، القرطبي (٣/ ٣٧٢) ، فتح

العزیز فی شرح الوجیز بهامش المجموع (١٠/ ٢٢٣-٢٢٤) .

(٢) المغني (٤/ ٤٩٩) ، مطالب أولي النهى (٣/ ٣٩٧) .

(٣) سورة الجمعة (٨) .

(٤) المحلى (٨/ ٦٣٣) .

والجواب عما أورده المخالف: أن المفلس يفارق الأغنياء من وجوه كثيرة، أكثر من تلك التي يوافقهم فيها، فلا يكون في حكمهم، ثم إن ما ذكروه من وجوه الاتفاق على حرمانه من الزكاة وسقوط نفقته عن قريبه، ليس محل إجماع بين العلماء، وإذا أخرج المفلس من عموم الآية، فمن يبقى داخلاً فيه ١٩.

وليس في الآية التي ذكرها ابن حزم ما يشير إلى إلزام المفلس بالتكسب؛ لأن قول الله عز وجل: ﴿... وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ...﴾ يفيد إباحة التصرف بالتجارة ونحوها بعد منع الاشتغال بها والأمر بالسعي إلى الجمعة<sup>(١)</sup>.

ثانياً: عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال: «أصيب رجل في عهد رسول الله ﷺ في ثمار ابتاعها، فكثر دينه، فقال رسول الله ﷺ: تصدقوا عليه، فتصدق الناس عليه، فلم يبلغ ذلك وفاء دينه، فقال رسول الله ﷺ لغرمائه: خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك»<sup>(٢)</sup>.

وفي الباب عن كعب بن مالك، وجابر بن عبد الله، أن معاذاً

---

(١) الجصاص (٣/٤٤٩ - ٤٥٠).

(٢) صحيح مسلم، كتاب المساقاة- باب استحباب الوضوع من الدين (٣/١١٩١)، سنن أبي دواد، كتاب البيوع- باب وضع الجائحة (٣/٧٤٥)، وأخرجه أيضاً الترمذي والنسائي وابن ماجه، والبيهقي. المنذري (٥/١٢٠)، السنن الكبرى (٦/٥٠).

كثير دينه، فخلعه رسول الله ﷺ من ماله، ودفعه إلى غرمائه فاقسموه بينهم، فأصابهم خمسة أسباع حقوقهم، قالوا: يا رسول الله! بعه لنا، قال رسول الله ﷺ: «خلّوا عنه، فليس لكم عليه سبيل»<sup>(١)</sup>.

والحديثان المتقدمان نص في محل النزاع؛ لأن النبي ﷺ لم يأمر بحبس الرجل ولا بملازمته، ولم يكلفه أن يتكسب<sup>(٢)</sup>.

ما يرد على الاستدلال بالحديثين:

لم يجد المخالف منفذاً للطعن في سند الحديثين، وبخاصة الأول منهما، ولا في معناهما إلا قوله: ما جاء في الحديث قضية

---

(١) الحديث روي بالفاظ مختلفة مطولاً ومختصراً، فرواه البيهقي في سننه مطولاً، كتاب التفليس - باب لا يؤاجر الحر في دين عليه (٦/٤٩ - ٥٠)، وأخرجه الدارقطني في سننه مختصراً - كتاب الأقضية والأحكام (٤/٢٣٠ - ٢٣١)، وأخرجه الحاكم في المستدرک بلفظ الدارقطني وقال: «صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه». انظر كتاب البيوع، (٢/٨٢)، ورواه أبو داود في المراسيل - باب في المفلس (١٦٢ - ١٦٣)، وعبد الرزاق في المصنف، كتاب البيوع - باب المفلس والمحجور عليه (٨/٢٦٨ - ٢٦٩)، وقال الحافظ ابن حجر بعد ذكره الروايات المتصلة والمرسلة للحديث: «قال عبد الحق: المرسل أصح، وقال ابن الطلاع: هو حديث ثابت». تلخيص الحبير (٣/٣٧ - ٣٨)، وانظر التعليق المغني على الدارقطني بحاشية السنن للعظيم آبادي (٤/٢٣١).

(٢) المدونة (٥/٢٣٣)، الإشراف (٢/١٢)، الجامع لأحكام القرآن (٣/٣٧٢).



عين، لا يثبت حكمها إلا في مثلها، ولم يثبت أن لذلك المدين حرفة يتكسب بها ما يفضل عن نفقته<sup>(١)</sup>.

وليس قولهم هذا بشيء؛ لأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب، كما هو مقرر في الأصول، فإن قول النبي ﷺ: «خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك»، «ليس لكم عليه سبيل»، عام في كل غريم أحاطت الديون بماله، وصريح الدلالة على أنه لا سلطان للغرماء على رقبة المدين، وليس لأحد أن يلزمه شيء فوق حدود ما يملك.

وللجمهور من المعقول: أن ما ألزم به المخالف المدين تكسب للمال، والمفلس لا يجبر على التكسب، كما لا يجبر على قبول الهبة وسؤال الناس، ولا أن يطلق زوجته ليرجع بنصف المهر، وكما لا تجبر المرأة على التزويج لتأخذ المهر<sup>(٢)</sup>.

وتعقب، بأن قبول الهبة والصدقة يأبأها ذوو المروءات؛ لما فيهما من منة ومعرة بخلاف مسألتنا<sup>(٣)</sup>، وهذا غير صحيح فقد يكون قبول المنة عند بعض الناس أهون من التصرف في رقبته، وإلزامه بما لا يريد، ويغني عن هذا الاستدلال ونحوه ما تقدم من دليل الكتاب

---

(١) المغني (٤/٤٩٩)، مطالب أولي النهى (٣/٣٩٧).

(٢) الإشراف (٢/١٢).

(٣) المغني (٤/٤٩٩).

والسنة، وإجماع أهل المدينة وعملهم المتصل، وليس بعد تلك البراهين من مزيد.

**أدلة القائلين بتأجير الحر المفلس لقضاء دينه:**

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

عن زيد بن أسلم<sup>(١)</sup> قال: رأيت شيخاً بالإسكندرية يقال له: سُرق، فقلت: ما هذا الاسم؟ فقال: اسم سمانيه رسول الله ﷺ ولن أدعه، قلت: لمَ سماك؟ قال: قدمت المدينة فأخبرتهم أن مالي يقدم، فبايعوني، فاستهلك أموالهم، فأتوا بي إلى رسول الله ﷺ، فقال لي: أنت سُرق، وباعني بأربعة أبعرة، فقال الغرماء للذي اشتراني: ما تصنع به؟ قال: أعتقه، قالوا: فلسنا بأزهد منك في الأجر، فأعتقوني بينهم وبقي اسمي<sup>(٢)</sup>.

---

(١) هو أبو أسامة زيد بن أسلم العدوي المدني الفقيه مولى عمر، روى عن أبيه وابن عمر وعائشة وغيرهم رضي الله عنهم، وعنه أولاده الثلاثة وغيرهم. ثقة عالم، مات سنة ستة وثلاثين ومائة. الشقات (٤/٢٤٦)، التهذيب (٣/٣٩٥)، التقريب (١/٢٧٢).

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب التفليس - باب ما جاء في بيع الحر المفلس في دينه (٦/٥٠-٥١)، ورواه الدارقطني بنفس اللفظ، كتاب البيوع (٣/٦٢)، وأخرجه الحاكم أيضاً في البيوع (٢/٥٤)، وقال: «هذا حديث صحيح على شرط البخاري ولم يخرجاه»، وهو عند الطحاوي بلفظ مقارب، شرح معاني الآثار (٤/١٧٥).

ووجه الدلالة من الحديث : أنه لما كان بيع الحر غير جائز في شريعتنا ، دل على أن النبي ﷺ باع منافعه ، ولم يبيع رقبته ، فإن الحمل على بيع المنافع أسهل من حمله على بيع الرقبة المحرّم ، فإن حذف المضاف وإقامة المضاف إليه مقامه أسلوب معروف في كلام العرب ، ومستعمل كثيراً في القرآن والسنة ، وعلى ذلك يحمل أيضاً قوله : «أعتقه» أي : من حقي عليه ، ويؤكد ذلك قوله عن الغرماء : «فأعتقوني» ، أي : من الدين ؛ لأنهم لا يملكون رقبته قطعاً<sup>(١)</sup>.

ما يرد على الاستدلال بهذا الحديث :

قال الحافظ البيهقي : «مدار هذا الحديث على عبد الرحمن بن عبد الله<sup>(٢)</sup> وابني زيد بن أسلم<sup>(٣)</sup> وكلهم ليسوا بأقوياء ، وإن كان عن

---

(١) المغني (٤/ ٤٩٩) ، مطالب أولي النهى (٣/ ٣٩٧) .

(٢) عبد الرحمن بن عبد الله بن دينار العدوي ، روى عن أبيه وزيد بن أسلم ومحمد بن عجلان وغيرهم ، وعنه ابن المبارك وأبو قتيبة وعلي بن الجعد وغيرهم ، قال ابن حجاز : «صدوق يخطيء من السابعة» . الميزان (٢/ ٥٧٢) ، التهذيب (٦/ ٢٠٦ - ٢٠٧) ، التقريب (١/ ٤٨٦) .

(٣) زيد بن أسلم تقدمت ترجمته ، والمقصود بولديه : عبد الله ، وهو صدوق فيه لين من السابعة ، مات سنة (٦٤ هـ) . وعبد الرحمن وهو ضعيف من الثامنة مات سنة (٨٢ هـ) ، تهذيب التهذيب (٣/ ٣٩٥ - ٣٩٧) ، تقريب التهذيب (١/ ٥٢ ، ٤١٧ ، ٤٨٠) ، السنن الكبرى للبيهقي (٦/ ٥٠) .

ابن البيلماني<sup>(١)</sup> فإن ابن البيلماني ضعيف في الحديث ، ثم إن العلماء مجمعون على خلافه ، وفي ذلك دليل على ضعفه ؛ لأنهم لا يجمعون على ترك رواية ثابتة ، ولو كان ثابتاً فهو منسوخ قطعاً<sup>(٢)</sup> فلا يكون للمخالف فيه حجة ؛ لدلالته نصاً على وقوع بيع الحر ، وهذا غير مستبعد في بداية الإسلام قبل ورود الحكم بمنعه وتحريمه ، أما حمله على بيع المنافع فهو تعسف وتكلف في التأويل ، تمجه القريحة وتستبعده الأفهام الصحيحة ، أما ما نقلوه عن عمر بن عبد العزيز من أنه كان يؤاجر المفلس في شر صنعة ، فقد روي عنه خلاف ذلك<sup>(٣)</sup> ، ولو ثبت عنه ما زعموه لم يكن فيه حجة ، فإن قول الصاحب مختلف في حجيته مع انتفاء المعارض ، فكيف بمن دونه مع معارضته للثابت بالسنة ؟ !

#### استدلال القائلين بتأجير المفلس بالنظر :

١- ترك تأجير من صح إفلاسه لغرمائه مطل وظلم ، وهذا لا يجوز باتفاق ، فإن الواجب المفترض على الغريم إنصاف غرمائه ،

---

(١) هو محمد بن عبد الرحمن بن البيلماني الكوفي مولى آل عمر ، روى عن أبيه ، وروى عنه سعيد بن بشير وعبيد الله بن العباس الحارثي وموسى بن إسماعيل ، قال ابن حجر : «ضعيف من السابعة» . المجروحين (٢ / ٢٦١) ، الكاشف (٣ / ٦٧) ، التهذيب (٩ / ٢٩٣) التقريب (٢ / ١٨٢) .

(٢) السنن الكبرى (٦ / ٥١) .

(٣) المحلى (٨ / ٦٣٠) .

وإعطائهم حقهم ، فإن أبى ذلك وهو قادر عليه بإجارة نفسه ، أجبر على ذلك<sup>(١)</sup>.

٢- المنافع تجري مجرى الأعيان في صحة العقد عليها كسائر عقود المعاوضة ، وبها يثبت الغنى ، ويحرم أخذ الزكاة على مالها ؛ فكذاك وفاء الدين بها .

٣- المفلس القادر على العمل متمكن من وفاء دينه فيلزمه ، كمن يملك ما يقدر على الوفاء به .

٤- المفلس يملك إجارة نفسه ، فيجبر عليها لقضاء دينه ، كإجارته أم ولده<sup>(٢)</sup>.

وكل هذه الأقيسة فاسدة ؛ لقياسها الأدمي الحر على الأشياء والرقيق ، والفرق بينهما جليّ وظاهر .

#### الترجيح :

بعد عرض أدلة القولين ومناقشتها ، لا يشك من تدبرها في رجحان مذهب مالك والجمهور القائل بعدم جواز تأجير الحر المفلس لقضاء ما عليه من ديون ؛ لدلالة الآية والحديث على ذلك ، وليس لقول المخالف من صريح صحيح المنقول شيء ، أما المعقول فلا اعتداد به عند مصادمته للنص ، ولا يصعب رده ومقابلته بمثله كما تقدم .

---

(١) المحلى (٨/ ٦٣٠) .

(٢) المغني (٤/ ٤٩٩) ، مطالب أولي النهى (٣/ ٣٩٧) .

## المبحث السادس عشر

### ضمان الرهن

الرهن في لغة العرب: الثبوت والدوام والاحتباس والاستمرار<sup>(١)</sup>.

وفي الاصطلاح: هو جعل الشيء عند صاحب الحق ضماناً لدينه<sup>(٢)</sup>.

وقد اختلف العلماء قديماً وحديثاً من الصحابة والتابعين ومن بعدهم في الرهن يهلك عند المرتهن ويتلف، من غير جناية منه ولا تضييع، فمن قائل: يضمّنه المرتهن مطلقاً، وقائل: لا ضمان عليه مطلقاً، وذهب الإمام مالك إلى التفصيل، فقال: إن كان الرهن مما يخفى هلاكه نحو الذهب والفضة والحلي والمتاع والثياب والكتب والسيوف وغير ذلك مما يغاب عليه ولا يظهر هلاكه، فهو مضمون على المرتهن، ولا ضمان عليه فيما ظهر هلاكه؛ نحو الدار والأرض والحيوان، وضمانه يكون في مال الراهن ومصيبته منه والمرتهن فيه أمين، ودينه فيه ثابت على حاله، هذا كله مذهب الإمام مالك الذي لم يختلف عليه أهل المدينة.

---

(١) لسان العرب (١٣/ ١٨٨ - ١٩٠).

(٢) الشرح الصغير (٣/ ٣٠٣-٣٠٤)، شرح فتح القرير (٨/ ١٨٩)، مغني المحتاج (٢/ ١٢١)، الروض المربع (٢/ ١٥٩).

### توثيق المسألة:

جاء في الموطأ: «قال مالك: الأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا في الرهن، أن ما كان من أمر يعرف هلاكه من أرض، أو دار، أو حيوان، فهلك في يد المرتهن وعلم هلاكه فهو من الراهن، وإن كان لا ينقص من حق المرتهن شيئاً، وما كان من رهن يهلك في يدي المرتهن فلا يعلم هلاكه إلا بقوله، فهو من المرتهن، وهو لقيمته ضامن»<sup>(١)</sup>.

وظاهر قول مالك: أن قيام البينة على هلاك ما يغاب عليه يسقط ضمانه عن المرتهن، وهو مشهور المذهب، وبه قال ابن القاسم، وعبد الملك، وأصبغ، وابن المواز، وجمهور المالكية.

وقال أشهب: «كل ما يغاب عليه مضمون على المرتهن؛ خفي هلاكه أو ظهر، قامت البينة على هلاكه أو لم تقم»، وهي رواية عن مالك؛ لكنها خلاف الرواية المشهورة والمنصورة عند أصحابه<sup>(٢)</sup>.

مذهب غير المالكية في ضمان الرهن:

وافق الأوزاعي وعثمان البتي مالكاً فيما ذهب إليه من تضمين

---

(١) الموطأ (ص ٥١٧).

(٢) الإشراف (٧/٢)، التمهيد (٦/٤٣٥-٤٤٩)، أحكام القرآن

(١/٣٦٢)، الزرقاني (٧/٤)، الخطاب (٥/٢٥-٢٦)، الشرح الصغير

(٣/٣٣٦-٣٣٧).

المرتهن في كل ما يغاب عليه دون ما لا يغاب عليه، إلا أنهما لا يسقطان الضمان فيما يغاب عليه إذا ظهر هلاكه وقامت بينة عليه خلافاً لما اشتهر عند مالك، ويروى مثل مذهب مالك أو نحوه عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه (١).

وقال الإمامان الشافعي وأحمد وأصحابهما: الرهن كله أمانة في يد المرتهن قليله وكثيره، ما يغاب عليه منه وما يظهر، إذا هلك بغير جناية أو تفريط لم يلزمه ضمانه بمثل ولا قيمة، ولا يضمن إلا بما تضمن به الودائع وسائر الأمانات، ودين المرتهن ثابت على حاله لا يسقط منه شيء، ويرجع بحقه عند محله، والمصيبة فيه من راهنه، وبمثل هذا قال عطاء، والزهري، وسعيد بن المسيب وعمرو بن دينار، ومسلم بن خالد، وأبو ثور، وابن المنذر، وداود بن علي، وابن حزم، وجمهور أهل الحديث، وعن علي بن أبي طالب في إحدى الروايات عنه مثله (٢).

---

(١) التمهيد (٤٣٥ - ٤٣٧) المنتقى (٥/٢٤٣ - ٢٤٤)، بداية المجتهد (٢/٢٧٧).

(٢) التمهيد (٤٣٧ - ٤٣٨)، المحلى (٧/٤٩٧، ٤٩٨، ٥٠١)، بداية المجتهد (٢/٢٧٦ - ٢٧٧)، المغني (٤/٤٤٢)، فتح العزيز بحاشية المجموع (١٠/١٣٨)، مغني المحتاج (٢/١٣٧)، الإنصاف (٥/١٥٩ - ١٦٠)، تكملة المجموع (١٣/٢٤٩ - ٢٥٠).



وذهبت طائفة كبيرة من أهل العلم، إلى أن الرهن يهلك مضمونا على المرتهن؛ سواء كان مما يخفى أو يظهر، إلا أنهم اختلفوا في كيفية الضمان، فقال أبو حنيفة وأصحابه: الرهن مضمون على المرتهن بأقل الأمرين من قيمته أو قدر الدين، فإن كانت قيمتهما سواء، أو كانت قيمة الرهن أكثر من الدين سقط الرهن، وسقط جميع الدين، ولا يرجع عليه الراهن بشيء، وإن كانت قيمة الدين أكثر رجع الراهن بما بقي من الدين، وهو مروى عن عمر بن الخطاب وإحدى الروايات عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه، وبه قال سفيان الثوري وأصحاب الرأي<sup>(١)</sup>.

وقيل: يترادف الفضل على كل حال، وهي رواية أخرى عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه، وبه قال ابن أبي ليلى، وعبيد الله ابن الحسن، وإسحاق بن راهويه، وأبو عبيد، وقال آخرون: إذا تلف الرهن ذهب بما فيه؛ سواء كان كقيمة الدين أو أكثر أو أقل، فيسقط الدين ولا يغرم أحدهما للآخر شيئا، وبهذا قال عامر الشعبي والحسن البصري وغيرهما<sup>(٢)</sup>.

---

(١) التمهيد (٤٣٥/٦ - ٤٣٨)، المحلى (٤٩٦/٧ - ٥٠١)، بدائع الصنائع (٣٧٥٩ - ٣٧٦٠)، اللباب (٥٣٤/٣)، البناء (٧٦٥ - ٧٦٦)، المغني (٤٢٢/٤)، تكملة المجموع (٢٤٩/١٣ - ٢٥٠).

(٢) التمهيد (٤٣٥/٦ - ٤٣٨)، المحلى (٤٩٦/٨ - ٥٠١)، المغني (٤/٤٤٢)، تكملة المجموع (٢٤٩/١٣ - ٢٥٠).

ومما تقدم فإن الخلاف يدور بين ثلاثة مذاهب :

الأول : مذهب الإمام مالك القائل بالتفريق بين ما يغاب عليه وما لا يغاب عليه ، فيضمن في الأول ، وهو أمين في الثاني .

الثاني : مذهب القائلين بأن الرهن كله أمانة في يد المرتهن قل أو كثر ، غاب أو ظهر

الثالث : مذهب الحنفية ومن وافقهم ، القائل بأن الرهن يهلك مضموناً على المرتهن ، سواء خفي هلاكه أم ظهر .

وفيما يلي عرض أدلة هذه المذاهب ومناقشتها ، ونبدؤها بأدلة الجمهور ، ثم نتبعها بأدلة الحنفية ، ونختم بأدلة المالكية .

أدلة القائلين بأن الرهن أمانة :

قوله عليه الصلاة والسلام : « لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه ، له غنمه وعليه غرمه » (١) .

---

(١) رواه مالك في الموطأ مرسلاً ومختصراً ، كتاب الأفضية - باب ما لا يجوز من غلق الرهن (٥١٦) ، ورواه ابن ماجه في أبواب الأحكام - باب لا يغلق الرهن (٦٣/٢) ، ورواه الحاكم في البيوع (٥١/٢) ، ورواه ابن حبان في صحيحه ، كتاب الرهن (٥٧٠/٧) ، والبيهقي في كتاب الرهن - باب الرهن غير مضمون (٣٩-٤٠) ، ورواه الدارقطني في سننه ، كتاب البيوع (٣٢-٣٣) ، ورواه عبد الرزاق في المصنف ، كتاب البيوع - باب الرهن لا يغلق (٢٣٧-٢٣٨) ، ورواه أبو داود في المراسيل - باب ما جاء في الرهن (١٧٠ - ١٧٢) ، ورواه =

والحديث يدل على نفي ضمان المرهون من ثلاثة وجوه:  
أحدها: قوله عليه الصلاة والسلام: «لا يغلق الرهن» وله تأويلات  
منها: أن الحق لا يسقط بتلفه، والتأويلات الأخرى للحديث لا  
تعارض هذا المعنى.

الوجه الثاني: قوله عليه الصلاة والسلام: «من راهنه» يعني من  
ضمانه، وهذه أبلغ كلمة للعرب في التضمنين؛ لأنهم إذا قالوا: هذا  
الشيء من فلان يريدون أنه من ضمانه.

الوجه الثالث: قوله ﷺ: «له غنمه وعليه غرمه»، أي: له غلته  
ورقبته وفائدته كلها، وعليه غرمه، فكاكه ومصيبته<sup>(١)</sup>.

قال الشافعي: «وفيه دليل على أن جميع ما كان رهناً غير مضمون

---

= الطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/١٠٠-١٠١)، وقد صححه الحاكم،  
وقال: «هو على شرط الشيخين ولم يخرجاه، لخلاف فيه على أصحاب  
الزهري»، ووافقه الذهبي، قال الدارقطني: «زياد بن سعد من الحفاظ الثقات،  
وهذا إسناد حسن متصل»، ونقله عنه البيهقي وقال عقبه: «قد رواه غيره عن  
سفيان عن زياد مرسلاً، وهو المحفوظ، وله طرق أخرى معلولة». المستدرک  
(٢/٥١-٥٢)، سنن الدارقطني (٣/٣٢)، السنن الكبرى (٦/٣٩-٤٠)،  
مصباح الزجاجة (٢/٢٥٧).

(١) الأم (٣/١٦٧)، الإشراف (٢/٨)، التمهيد (٦/٤٣٨)، المغني  
(٤/٤٤٣)، تكملة المجموع (١٣/٢٤٩-٢٥٠).

على المرتهن؛ لأن رسول الله ﷺ إذا قال: الرهن من صاحبه الذي رهنه، فمن كان منه شيء فضمّانه منه، لا من غيره، ثم زاد فأكد فقال: له غنمه وعليه غرمه، وغنمه سلامته وزيادته، وغرمه عطبه ونقصه، فلا يجوز فيه إلا أن يكون ضمّانه من مالكه، لا من مرتهنه»<sup>(١)</sup>

### ما يرد على الاستدلال بهذا الحديث:

قالوا: هذا الحديث الذي استدل به معلول بالإرسال، فقد صحح أبو داود والبزار والدارقطني إرساله<sup>(٢)</sup>، وقال ابن عبد البر - بعد مناقشة طويلة لطرق هذا الحديث -: «وهذا الحديث عند أهل العلم بالنقل مرسل، وإن كان قد وصل من جهات كثيرة فإنهم يعلّلونها»<sup>(٣)</sup>، ثم إن لفظة: «له غنمه وعليه غرمه» في آخر الحديث قد اختلف الرواة في رفعها، فرفعها بعضهم وقال البعض الآخر: إنها مدرجة من قول سعيد بن المسيب، وليست عن النبي ﷺ، فصح أن قوله: «له غنمه وعليه غرمه» من كلام سعيد، نقله عنه الزهري<sup>(٤)</sup>.

---

(١) الأم (١٦٧/٣).

(٢) تلخيص الحبير (٣/٣٦-٣٧)، نصب الراية (٤/٣١٩، ٣٢٠، ٣٢١)، الجامع لأحكام القرآن (٣/٤١٣-٤١٤).

(٣) التمهيد (٦/٤٣٠).

(٤) المراسيل (ص ١٧١)، تلخيص الحبير (٣/٣٦-٣٧)، نصب الراية (٤/٣١٩-٣٢١)، القرطبي (٣/٤١٣-٤١٤).

وبالجملة فقد اختلف في وصل هذا الحديث وإرساله، ورفع  
ووقفه، وذلك مما يوجب عدم انتهاضه حجة، أو معارضة ما اتفق  
على صحته<sup>(١)</sup>، ولو صرفنا النظر عن قوة الحديث وضعفه، ووصله  
وإرساله، ورفع ووقفه، فإن معناه لا يوافق ما أرادوه، فقد فسر  
مالك هذا الحديث: بأن يرهن الرجل الرهن عند الرجل بالشيء وفي  
الرهن زيادة عما رهن به الرجل، فيقول الراهن للمرتهن: إن جئتك  
بحقك إلى أجل كذا، يسميه له، وإلا فالرهن لك بما فيه، وهذا لا  
يصلح ولا يحل، وهو الذي نهى عنه النبي ﷺ وأبطله، بعد أن كان  
شائعاً في الجاهلية، وينحو هذا فسر الزهري، وسفيان الثوري،  
وطاوس، وإبراهيم النخعي، وشريح القاضي<sup>(٢)</sup>.

قال ابن عبد البر: «فعلى هذا تفسير أهل العلم في قوله: «لا  
يغلق الرهن»، أن ذلك إنما قصد به الرهن القائم، أي: لا يستغلقه  
المرتهن، فيأخذه بشرطه المذكور، إذ قد أبطلت ذلك الشرط السنة،

---

(١) نيل الأوطار (٥/٣٥٥).

(٢) التمهيد (٦/٤٣٠ - ٤٣٥)، بدائع الصنائع (٨/٣٧٦٠)، اللباب  
(٢/٥٣٥ - ٥٣٦)، وشريح هو أبو أمين شريح بن الحارث بن قيس الكوفي  
القاضي، روى عن النبي ﷺ مراسلاً، وعن عمر وعلي وغيرهما، وقد اتفقوا  
على توثيقه، توفي سنة (٧٩هـ) وقيل غير ذلك. انظر تاريخ الثقات (٢١٦)،  
الكاشف (٢/٩)، تهذيب التهذيب (٤/٣٢٦-٣٢٧).

وليس ذلك في الرهن يتلف عند المرتهن؛ لأن الذي تلف لا يغلق، لأنه قد ذهب، وإنما قيل فيما كان باقياً موجوداً: «لا يغلق، أي: لا يأخذه المرتهن إذا حل الأجل بما له عليه، ولا يكون أولى به من صاحبه»<sup>(١)</sup>.

وروي عن سعيد بن المسيب أن المراد بقوله: «لا يغلق الرهن»، أن صاحب الرهن يمنع من ابتياعه من الذي رهنه عنده حتى يباع من غيره، وقال الزهري: المراد بالغلق في البيع لا في الضياع، والزهري وسعيد من رواية هذا الحديث، ومن روى حديثاً كان أعلم بتأويله، فأحرى أن يكون تأويلهما حجة<sup>(٢)</sup>، وعلى فرض أن الغلق يستعمل في الهلاك كما قال بعض أهل اللغة، فيكون الحديث حجة عليهم لا لهم، لأنه يذهب بالدين فلا يذهب ويتلف باطلاً<sup>(٣)</sup>.

أما قوله: «له غنمه وعليه غرمه» سواء كانت من قول سعيد، أو يرفعها إلى النبي ﷺ، فإن معنى الغنم غلته وخراجه وأجرة استغلاله، والمراد بالغرم ما قابل الخراج والغلة، وهو النفقة والحفظ، وليس الفكاك والمصيبة<sup>(٤)</sup>.

---

(١) التمهيد (٦/ ٤٣٠ - ٤٣٥).

(٢) شرح معاني الآثار (٤/ ١٠٢)، اللباب (٢/ ٥٣٦ - ٥٣٧).

(٣) التمهيد (٦/ ٤٣٠)، بدائع الصنائع (٨/ ٣٧٦٠ - ٣٧٦١).

(٤) التمهيد (٦/ ٤٣٩)، بدائع الصنائع (٨/ ٣٧٦٠ - ٣٧٦١).

وقال بعض الحنفية: «إن ذلك كله في البيع، فإذا بيع الرهن وفيه نقص عن الدين غرم للمرتهن ذلك النقص، وهو الغرم، وإن بيع بزيادة عن الدين أخذ الراهن تلك الزيادة، وهو الغنم»<sup>(١)</sup>.

#### مناقشة ما ورد على الاستدلال بالحديث:

أجاب الجمهور بأن الحديث مرفوع، قد وصله قوم عن أبي هريرة، وهو صحيح عن النبي ﷺ، صححه الحاكم، وقال: «هو أعلى إسناداً على شرط الشيخين ولم يخرجاه»<sup>(٢)</sup>، وقال الدارقطني: «إسناده حسن متصل»، وصححه عبد الحق<sup>(٣)</sup>، وقال ابن حزم: «وهذا مسند من أحسن ما روي في هذا الباب»<sup>(٤)</sup>، ولو انتفت طرق وصله؛ لكان من مراسيل سعيد بن المسيب وهي صحيحة عند طائفة من العلماء<sup>(٥)</sup>.

أما تفسيرهم للحديث على خلاف ما ذكرناه، فإن ظاهر ألفاظ الحديث لا تحتمله، إلا بتقدير معنى من خارجه، سوى قولهم في

---

(١) اللباب (٢/٥٣٨)، بداية المجتهد (٢/٢٧٧).

(٢) المستدرک (٢/٥١-٥٢).

(٣) سنن الدارقطني (٣/٣٢-٣٣)، نصب الراية (٤/٣١٩-٣٢٠).

التمهيد (٦/٤٣٨).

(٤) المحلى (٨/٥٠٠-٥٠١).

(٥) التمهيد (٦/٤٣٨)، المغني (٤/٤٤٣).

معنى «لا يغلق الرهن»: أي: لا يهلك بغير عوض، وهذا غلط؛ لأن تأويلات هذا الحديث، لا تخرج عن ثلاثة معاني: أحدها: لا يكون الرهن للمرتهن بحقه إذا حل الحق. وثانيها: لا يسقط الحق بتلفه.

وثالثها: لا ينغلق حتى لا يكون للراهن فكه عن الرهن، بل له فكه، وليس منها هذا المعنى، وإن كان محتملاً فهو أضعفها، ثم إن الفيصل في الحديث قوله: «الرهن من صاحبه الذي رهنه»، فهي أبلغ في الدلالة على انتفاء الضمان عن المرتهن، وليس للمخالف عليها اعتراض أو تأويل<sup>(١)</sup>.

ونوقشت هذه الإجابات بما يلي:

قال ابن حجر: «إن الطريق الذي صح منه الحديث موصولاً عند عبد الحق وابن حزم، فيه عبد الله بن نصر الأصم الأنطاكي<sup>(٢)</sup>، له أحاديث منكورة، وظهر أن قوله في رواية ابن حزم: نصر بن عاصم تصحيف، وإنما هو عبد الله بن نصر الأصم، وسقط عبد الله،

---

(١) الأم (١٦٧/٣)، مغني المحتاج (١٣٦/٢ - ١٣٧)، تكملة المجموع (٢٤٩/١٣ - ٢٥٠).

(٢) هو أبو محمد عبد الله بن نصر الأصم الأنطاكي، روى عن وكيع، وعنه المنجنيقي وعمر بن سنان، منكر الحديث. انظر ميزان الاعتدال (٥١٥/٢)، اللسان (٣٦٩/٣).



وحرف الأصم بعاصم». (١)

وقولهم: إن منقطع سعيد بن المسيب يقوم مقام المتصل غير مقبول؛ لأنه إذا جاز هذا في حق سعيد، جاز في حق غيره من التابعين من أهل المدينة وغيرهم (٢).

أما متن الحديث، فقد اختلف أهل العلم في تأويله ومعناه، وليس ما أولتموه به بأولى مما فسرناه، ثم إن ما تأولتموه به قد أنكره أهل العلم باللغة، وزعموا أنه لا وجه له، قال الطحاوي: «وقد ذكر أهل العلم في تأويل الحديث غير ما ذكرت» (٣).

استدلال الجمهور بالمعقول:

وللجمهور من المعقول ما يلي:

١- المرتهن قد رضي الراهن أمانته بقبض الشيء المرهون، فأشبهه المقبوض على جهة الوديعة، ومال المضاربة، والوكالة، والشركة (٤).

٢- المرتهن ليس متعدياً في حبسه؛ لأنه لم يقبضه غلبة، وإنما

---

(١) تلخيص الحبير (٣/٣٧).

(٢) اللباب (٢/٥٣٥ - ٥٣٦).

(٣) شرح معاني الآثار (٤/١٠١)، التمهيد (٦/٤٣٠)، اللباب

(٢/٥٣٥ - ٥٣٦).

(٤) بداية المجتهد (٢/٢٧٧)، تكملة المجموع (١٣/٢٥٠).

صاحبه هو الذي سلطه عليه ، فلا وجه لأن يضمن بغير تعد<sup>(١)</sup> .

٣- عقد الرهن شرع توثيقاً للدين كالكفيل والشاهد ، ولو سقط الدين بهلاك المرهون ؛ لكان توهيناً لا توثيقاً ؛ لأنه يعرض الحق للتلغ والضياع .

وتعقب ، بأن الرهن يقوي طريق الوصول إلى الحق ، لما للمرتهن من ولاية المطالبة بالقضاء ، وبهذا يحصل معنى التوثيق<sup>(٢)</sup> .

٤- يقر المخالف بأن بعض الرهن أمانة ؛ سواء من قال منهم بعدم ضمان ما ظهر هلاكه ، ومن قال بعدم ضمان ما زاد من قيمة الرهن على قدر الدين ، وما كان بعضه أمانة وقد قبض بعقد واحد ، فإن جميعه أمانة .

وتعقب ، بالفرق بين ما يضمن به العقار ، وما يضمن به الذهب مثلاً<sup>(٣)</sup> .

#### أدلة القائلين بضمان الرهن جملة :

استدل القائلون بأن الرهن يهلك مضموناً على المرتهن بالأخبار والآثار والنظر .

---

(١) الأم (١٦٧/٣) ، التمهيد (٤٣٨/٦ - ٤٣٩) .

(٢) بدائع الصنائع (٣٧٦٠ - ٣٧٦١) ، المغني (٤٤٣/٤) ، فتح العزيز (١٣٨/١٠) .

(٣) المغني (٤٤٣/٤) ، بداية المجتهد (٢٧٧/٢) ، فتح العزيز (١٣٨/١٠) .

فمن الأخبار ما يلي:

الحديث الأول: قوله عليه الصلاة والسلام: «الرهن بما فيه»<sup>(١)</sup>، واستدلوا به على وجوب الضمان على المرتهن إذا هلك المهرن عنده، قال الكاساني: «وهذا نص لا يحتمل التأويل»<sup>(٢)</sup>.

الحديث الثاني: عن عطاء بن أبي رباح أن رجلاً ارتهن فرساً فمات الفرس في يد المرتهن، فطالبه المرتهن بحقه، فاخصموا إلى رسول الله ﷺ، فقال عليه الصلاة والسلام: «ذهب حقلك»<sup>(٣)</sup>، وفيه دليل على أن الرهن يهلك مضموناً من المرتهن<sup>(٤)</sup>.

ما يرد على الاستدلال بالحديثين:

يرد على الحديث الأول ضعف سنده، فقد روي مسنداً

---

(١) رواه البيهقي في كتاب الرهن - باب من قال الرهن مضمون (٦/٤١)، ورواه الدارقطني في كتاب البيوع (٣/٣٢)، ورواه أبو داود في المراسيل - باب في الرهن (١٧٣)، وهو عند ابن أبي شيبة موقوف، كتاب البيوع - باب في الرجل يرهن (٧/١٨٥ - ١٨٩).

(٢) بدائع الصنائع (٨/٣٧٦٠).

(٣) رواه أبو داود في المراسيل - باب الرهن (١٧٢)، والبيهقي في سننه، كتاب الرهن - باب من قال الرهن مضمون (٦/٤١)، ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب البيوع والأقضية (٧/١٨٣)، ورواه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/١٠٢)، وانظر كذلك نصب الراية (٤/٣٢١).

(٤) بدائع الصنائع (٨/٣٧٦٠)، اللباب (٢/٥٣٤ - ٥٣٥).

ومرسلاً، والمسند منه لا يصح؛ لأن فيه إسماعيل<sup>(١)</sup> بن أمية وهو يضع الحديث، قاله البيهقي والدارقطني، وإسماعيل يرويه عن سعيد ابن راشد<sup>(٢)</sup>، وهو منكر الحديث عند البخاري، ومتروك الحديث عند النسائي، وليس بشيء عند ابن معين، وقال ابن حبان: «لا يجوز الاحتجاج به»<sup>(٣)</sup> ورواه الدارقطني من طريق آخر، وقال: «لا يثبت هذا عن حميد<sup>(٤)</sup>، وكل من بينه وبين شيخنا ضعفاء»<sup>(٥)</sup>، وذكرهم

- 
- (١) هو إسماعيل بن أمية، ويقال ابن أبي أمية، حدث عن أبي الأشهب العطاردي، تركه الدارقطني. انظر الميزان (٢٢٢/١)، اللسان (٣٩٤/١).
- (٢) هو سعيد بن المازني السماك، عن عطاء والزهري وغيرهما، قال البخاري: «منكر الحديث» وقال عباس عن يحيى: «ليس بشيء»، وقال النسائي: «متروك». انظر الميزان (١٣٥/٢)، اللسان (٢٧/٣ - ٢٨).
- (٣) سنن البيهقي (٤٠/٦)، سنن الدارقطني (٣٢/٣)، ميزان الاعتدال (٢٢٢/١)، (١٣٥/٢)، نصب الراية (٣٢١ - ٣٢٢/٤).
- (٤) هو أبو عبيدة حميد الطويل بن أبي حميد الخزاعي البصري، واسم أبي حميد تير، ويقال: تيرويه. ويقال: طرخان، روى عن أنس وثابت البناني والحسن وعكرمة وغيرهم، وثقة ابن معين وغيره، وقال ابن حجر: «ثقة مدلس»، توفي سنة (١٤٢هـ)، وقيل (١٤٣هـ) وهو قائم يصلي. انظر طبقات ابن سعد (١٧/٧)، تذكرة الحفاظ (١٥٢/١)، تهذيب التهذيب (٣٨/٣)، التقريب (٢٠٢/١).
- (٥) السنن (٣٢/٣).

ابن الجوزي بالتفصيل، فقال: «فيه أحمد بن محمد بن غالب»<sup>(١)</sup>، وهو غلام خليل، كان كذاباً يضح الحديث، وعبد الكريم بن روح<sup>(٢)</sup> ضعفه الدارقطني، وقال أبو حاتم الرازي: «مجهول»، وهشام بن زياد<sup>(٣)</sup>، قال يحيى: «ليس بشيء»، وقال النسائي: «متروك الحديث»، وقال ابن حبان: «ينفرد عن الثقات بالمعضلات»<sup>(٤)</sup>.

والأصل في هذا الحديث الإرسال، وفيه ما فيه من الوهن<sup>(٥)</sup>،

---

(١) هو أبو عبد الله أحمد بن محمد بن غالب الباهلي البصري غلام خليل، كان يروي الكذب الفاحش ويرى وضع الحديث، مع ما كان عليه من زهد ووعظ، ألف الجامع، والعلل، والسنة والطبقات وغيرها، مات في رجب سنة (٢٧٥هـ). انظر تاريخ بغداد (٧٨/٥ - ٨٠)، السير (١٣/٢٨٢ - ٢٨٤).

(٢) هو أبو سعيد عبد الكريم بن روح بن عنبة بن سعيد البزار البصري، ذكره ابن حبان في الثقات، وقال: «يخطيء ويخالف»، وضعفه الدارقطني، وقال الذهبي: «فيه لين»، توفي سنة (٢١٥هـ). انظر الثقات (٨/٤٢٣)، الكاشف (٢/٢٠٥)، تهذيب التهذيب (٦/٣٧٢).

(٣) هو أبو المقدم هشام بن زياد بن أبي يزيد القرشي المدني، روى عن القرظي والحسن البصري وأبي صالح وغيرهم، ضعفه أحمد وأبو زرعة وغيرهما، وقال ابن حجر: «متروك من السادسة». انظر المجروحين (٣/٨٨)، الكاشف (٣/٢٢٢)، تهذيب التهذيب (١١/٣٨-٣٩)، التقريب (٢/٣١٨).

(٤) التعليق المغني على الدارقطني بحاشية السنن (٣/٣٢)، نصب الراية (٤/٣٢١-٣٢٢).

(٥) سنن الدارقطني (٣/٣٢-٣٤)، السنن الكبرى للبيهقي (٦/٤٠)، المغني (٤/٤٤٣).

ولا حجة في المرسل وإن قيل بصحته ، فكيف وقد قيل فيه ما قيل؟ ولو صح مسنداً لم ينفعهم ؛ لاحتمال أن يزداد به أنه محبوس فيه<sup>(١)</sup> .

أما الحديث الثاني : فهو مرسل أيضاً وضعيف ، قاله عبد الحق ، وقال ابن القطان : فيه مصعب بن ثابت بن عبد الله بن الزبير<sup>(٢)</sup> ، وهو ضعيف كثير الغلط وإن كان صدوقاً ، وضعفه أيضاً يحيى بن معين وأحمد والنسائي ، وقال أبو حاتم : لا يحتج به<sup>(٣)</sup> ، وقال ابن حزم : «هذا مرسل ، ومصعب بن ثابت ليس بالقوي»<sup>(٤)</sup> ، ولو صح مرسلًا ما جاز لهم الاحتجاج به ، فكيف وقد تكلم فيه؟

#### استدلال القائلين بضمان الرهن بأقوال الصحابة :

احتج القائلون بأن الرهن يهلك مضموناً بأقوال الصحابة ، ومنهم : عمر بن الخطاب ، وعلى بن أبي طالب ، وابن عمر ، وابن مسعود رضي الله عنهم ، وبالغ بعضهم حتى قال : أجمع الصحابة

---

(١) المغني (٤/٤٤٣) .

(٢) هو مصعب بن ثابت بن عبد الله بن الزبير بن العوام الأسدي ، روى عن أبيه وعطاء ونافع ، ضعفه أحمد وابن معين ، وقال ابن حجر : «لن الحديث وكان عابداً من السابعة» ، توفي سنة (١٥٧هـ) وله (٧٣) سنة ، وقيل : (٧١) سنة . انظر ميزان الاعتدال (٤/١١٨ - ١١٩) ، التقريب (٢/٢٥١) .

(٣) ميزان الاعتدال ، ترجمة رقم ٨٥٥٨ ، (٤/١١٨ - ١١٩) ، نصب الراية (٣٢١/٤) ، المغني (٤/٤٤٣) .

(٤) المحلى (٨/٥٠٠) .

والتابعون على أن الرهن مضمون مع اختلافهم في كيفيته<sup>(١)</sup>.

ما يرد على هذا الاستدلال :

دعوى الإجماع على تضمين المرتهن باطلة ، لأن التضمين لم يرد إلا عن عمر ، وعلي ، وابن عمر فقط ، فأما عمر فلم يصح عنه ذلك ؛ لأنه من رواية عبيد بن عمير<sup>(٢)</sup> ، وعبيد لم يولد إلا بعد موت عمر ، أو أدركه صغيراً ولم يسمع منه شيئاً ، قاله ابن حزم<sup>(٣)</sup> ، وقال البيهقي : « لم يشتهر هذا الكلام عن عمر ، ولا يصح كذلك عن ابن عمر ، لأنه من رواية إبراهيم بن عمير<sup>(٤)</sup> ، وهو مجهول ، وأما عليّ فقد اختلفت الروايات عنه ، ورواية خلاص<sup>(٥)</sup> عنه أخذها من

---

(١) البيهقي (٤٣/٦) ، الدارقطني (٣/٣١) ، شرح معاني الآثار (٤/١٠٣ - ١٠٤) ، نصب الراية (٤/٣٢٢ - ٣٢٣) ، اللباب (٢/٥٣٧ - ٥٣٨) .

(٢) هو عبيد بن عمير بن قتادة الليثي الجندعي المكي الواعظ المفسر ، ولد في حياة النبي ﷺ ، وحدث عن أبيه وعمر بن الخطاب وعلي وغيرهم ، وكان من ثقات التابعين وأئمتهم بمكة ، وكان ابن عمر يحضر بعض مجالس وعظه ، توفي سنة (٧٤هـ) . انظر طبقات ابن سعد (٥/٤٦٣) ، السير (٤/١٥٦ - ١٥٧) ، طبقات الحفاظ (ص ١٤) .

(٣) في قوله نظر ، لأن عبيد هذا من كبار التابعين وقيل له صحبة . تهذيب التهذيب (٧/٧١) ، التقريب (١/٥٤٤) .

(٤) هو إبراهيم بن عمير ، يروي عن ابن عمر ، وروى عنه إدريس الأودي ، ذكره ابن حبان في الثقات . انظر الثقات (٤/١٤) .

(٥) هو أبو الحسن خلاص بن عمرو البصري ، حدث عن علي وعمار وعائشة وأبي هريرة ، وعنه قتادة وغيره ، وثقه أحمد وغيره ، وقال الذهبي : « ثقة بصري » =

صحيفة، قاله ابن معين وغيره من الحفاظ، وقد روي عنه أنه قال: يترادان الفضل، فإن أصابت الرهن جائحة بريء، وهذا يدل على أن علي بن أبي طالب لم ير تراد الفضل فيما تلف بجناية<sup>(١)</sup>.

### استدلال القائلين بتضمن المرتهن بالمعقول:

ولهم من المعقول ما يلي:

١- أن المرهون عين تعلّق به حق استيفاء الدين ابتداءً، فلزم أن يسقط بتلفه، كما يسقط الثمن إذا أمسك البائع المبيع حتى يستوفي الثمن<sup>(٢)</sup>.

٢- كما يكون المرتهن مستوفياً للدين بالفكاك، فإنه يكون مستوفياً بالهلاك، فلا يملك الاستيفاء ثانياً<sup>(٣)</sup>.

وهذا الاستدلال ليس بشيء؛ لأن سقوط ثمن المبيع الممسوك للاستيفاء ليس مما أجمع عليه، وقياس الهلاك على الفكاك، قياس مع الفارق<sup>(٤)</sup>.

---

= خرجوا له في الصحاح، توفي قبيل عام (١٠٠هـ). انظر طبقات ابن سعد

(١٤٩/٧)، السير (٤٩١/٩)، تهذيب التهذيب (٣/١٧٦-١٧٧).

(١) السنن الكبرى للبيهقي (٦/٤٣)، التمهيد (٦/٤٣٦)، المحلى

(٨/٤٩٧-٤٩٩)، نصب الراية (٤/٣٢٢-٣٢٣).

(٢) بداية المجتهد (٢/٢٧٧).

(٣) بدائع الصنائع (٨/٣٧٦٠).

(٤) بداية المجتهد (٢/٢٧٧).



أدلة القائلين بالتفصيل وهم مالك ومن وافقه :

لم يستدل المالكية لإثبات الضمان فيما خفي هلاكه من الرهون دون ما ظهر بالخبر ، فليس في الباب خبر صحيح ولا صريح يلجأ إليه ويعتمد عليه ، ولذلك كان اعتمادهم على مراعاة المصالح ، ودرء المفاسد ، لتأمين وحفظ أموال الناس ، وبناء عليه جاءت أدلتهم - بعد قول مالك : «إنه الأمر الذي لا اختلاف عليه بالمدينة» - من النظر الصحيح على النحو التالي :

١- قالوا: أخذت الرهون شبهاً من المضمون، وشبها من الأمانة، فصار المرتهن غير مؤتمن ولا متعده، فلا يعطى حكم أحدهما على التجريد، وإنما يجمع بين الأمرين، فيضمن ما خفي هلاكه، ويكون أميناً فيما ظهر هلاكه .

ويدل على أن الرهن يجمع بين شبه المضمون والأمانة، كون الأمانة المحضة ليس فيها نفع لقابضها، بل النفع فيها كله للمالك كالوديعة مثلاً، والمضمون المحض ما كان النفع فيه كله لقابضه، كالمشتري والغاصب، ومسألة الرهن عارية من كل ذلك، فلم يكن له حكم أحدهما على التجريد، ووجب الفصل بينهما كما تقدم<sup>(١)</sup>.

٢- حاجة الناس إلى الرهون ونحوها غير خافية، وما يغاب

---

(١) الإشراف (٢/٧-٨).

عليه يدعى فيه الضياع على وجه لا يعلم فيه كذب مدعيه غالباً، فيؤدي ذلك إلى ضياع أموال الناس، وعليه فإذا لم تقم بينة بهلاكه، كان عليه ضمانه؛ حفظاً لأموال الناس، ويسقط عنه الضمان فيما لا يغاب عليه؛ لما كان الغالب من أمره ظهوره؛ لأن التهمة تلحق فيما يغاب عليه، ولا تلحق فيما لا يغاب عليه<sup>(١)</sup>.

ما يرد على هذا الاستدلال:

قال ابن حزم: «إنما بنوا استدلالهم على التهمة، والتهمة ظن كاذب يائمه صاحبه، ولا يحل القول به، والتهمة لا تختص بشخص دون شخص، أو شيء دون شيء»<sup>(٢)</sup>.

وأجيب: بأن الأدلة تعارضت بين النافين للضمان والمثبتين له تعارضاً يصعب معه الترجيح، وما ذهب إليه مالك كجمع مناسب بين الأدلة المتعارضة، وليس قولاً بغير دليل<sup>(٣)</sup>.

الترجيح:

بعد عرض الأدلة ومناقشتها، تبين سقوط الاستدلال بالأخبار والآثار؛ لعدم صحتها وصراحتها وتعارضها، وعليه فلم يبق إلا النظر، فعليه يبنى الترجيح، وبالتأمل فيما استدلوا به من المعقول؛

---

(١) بداية المجتهد (٢/٢٧٨).

(٢) المحلى (٨/٤٩٨).

(٣) بداية المجتهد (٢/٢٧٨).

ظهر لي - والله تعالى أعلم - رجحان مذهب مالك للأسباب الآتية :

أولاً : لأن المصلحة تقتضيه ؛ لحفظ أموال الناس ، ودفع الضرر عنهم ، وهذا مبدأ عظيم ، راعاه الصحابة رضوان الله عليهم في تضمين الصناعات ونحوه .

ثانياً : صعوبة قياس الرهن على المضمون أو الأمانة ؛ لوجود الشبهين جميعاً ، وهذا يجعله أصلاً قائماً بذاته .

ثالثاً : التفصيل الذي ذهب إليه مالك ، فيه جمع مناسب بين الأدلة المتعارضة . والله تعالى أعلم وأحكم .

## المبحث السابع عشر

### براءة المحيل من دين المحال

الحوالة : مأخوذة من التحول ، وهو انتقال الشيء من مكانه إلى مكان آخر<sup>(١)</sup>.

وفي الاصطلاح : هي عقد يقتضي نقل دين من ذمة إلى ذمة<sup>(٢)</sup>.  
والحوالة عند الإمام مالك رحمه الله عقد لازم ، يقتضي إبراء ذمة المحيل من دين المحال بما له عليه ، كما هو إجماع أهل المدينة بلا خلاف .

#### توثيق المسألة :

جاء في الموطأ : «قال مالك : الأمر عندنا في الرجل يحيل الرجل على الرجل بدين له عليه ، أنه إن أفلس الذي احتيل عليه أو مات فلم يدع وفاءً ، فليس للمحال على الذي أحاله شيء ، وأنه لا يرجع على صاحبه الأول ، قال مالك : وهذا الأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا»<sup>(٣)</sup>.

وهذا لفظ صريح يفيد إجماع أهل المدينة ، قال الزرقاني :

---

(١) لسان العرب (١١/ ١٨٨ - ١٨٩).

(٢) الشرح الصغير (٣/ ٤٢٣)، مغني المحتاج (٢/ ١٩٣)، الروض المربع (٢/ ١٩٠)، شرح فتح القدير (٥/ ٤٤٣).

(٣) الموطأ (ص ٥٣٢).

«وهذا الأمر الذي لا اختلاف فيه عند أهل المدينة»<sup>(١)</sup>.

وقال الباجي: «وهذا على ما قال: إن عقد الحوالة عقد لازم، يقتضي إبراء ذمة المحيل من دين المحال؛ لأنه يصير كالقابض فلا يرجع على المحيل بحال»<sup>(٢)</sup>، فكل ما طرأ بعد الحوالة على ذمة المحال عليه من إعسار أو فلس أو إنكار للحق، فلا رجوع له بشيء على المحيل.

أما إذا كان العسر أو الفلس موجوداً قبل الحوالة، فإن لم يعلم به المحيل فلا رجوع عليه بشيء، وإن علمه وكتمه وغرّبه المحال وهو لا يعلم، فله الرجوع حيثئذ بما له على المحيل، إلا أن يرضى بالحوالة بعد علمه بعدم المحال عليه أو إفلاسه، فيكون عندها قد أسقط حقه في الرجوع على المحيل<sup>(٣)</sup>.

مذهب غير المالكية:

لا خلاف في الجملة بين الإمام مالك وما ذهب إليه الجمهور من أن الحوالة عقد تبرأ به ذمة المحيل، وأنها ليست كعقد الحماله، ولم يخالف في ذلك إلا قلة، منهم الحسن، الذي قال: لا يبرأ المحيل إلا

---

(١) الزرقاني (٤/ ٤٠).

(٢) المنتقى (٦/ ٨٠).

(٣) الكافي (٢/ ٧٩٧)، الإشراف (٢/ ١٩)، بداية المجتهد (٢/ ٣٠٠)،

الأبي (٤/ ٢٤٦).

إذا أبرأه المحال، وزفرالذي يرى : أن الحوالة لا توجب براءة المحيل،  
والحق في ذمته بعد الحوالة على ما كان عليه قبلها، وهي والكفالة  
سيان.

والذين اتفقوا من حيث الجملة على براءة المحيل، يختلفون في  
جواز رجوع المحال على المحيل في بعض الحالات، فالجمهور على  
أن المحال على ملئ لا يرجع على المحيل مطلقاً، وبه قال الشافعي،  
وأبو عبيد، وابن المنذر، والليث، وأبو ثور، والصحيح من مذهب  
أحمد، وقال أبو حنيفة: يرجع المحال على المحيل في حالتين:  
(الأولى): عند موت المحال عليه مفلساً.

و(الثانية): إذا جحد الحوالة وحلف، ولا بيئة للمحال، وهذا ما  
يسمى عنده بالتوى<sup>(١)</sup>، وزاد صاحبه حالة ثالثة، وهي أن يقضي  
القاضي بإفلاس المحال عليه حال حياته.

وعند شريح، والنخعي، والشعبي يرجع بالموت والإفلاس  
مطلقاً، وخص الحكم الرجوع بالموت فقط، أما سفيان الثوري  
فيرجع عنده بالموت، وأما الفلاس فلا يرجع إلا بمحضر المحيل  
والمحال عليه.

وعند أحمد أيضاً ما يدل على أنه إذا كان المحال عليه مفلساً ولم

---

(١) التوى: تلف المال وهلاكه. لسان العرب (١٠٦/١٤).

يعلم المحتال بذلك فله الرجوع، إلا أن يرضى بعد العلم، وبه قال جماعة من الحنابلة، وهو موافق لقول مالك، ونحوه قول ابن حزم، إلا أنه لا يقيد الرجوع على المحيل بإفلاس المحال عليه، بل يكفي عنده أن يحيله على غير ملئ؛ ليجوز له الرجوع عليه<sup>(١)</sup>.

ونخلص مما تقدم: أن أصل الخلاف هو بين من قال بأن الحوالة تبرئ ذمة المحيل، ومن قال: لا تبرئ ذمته كلياً أو جزئياً، وفيما يلي عرض أدلة الجمهور، ثم نتبعها بمناقشة شبهات المخالفين.

أدلة مالك والجمهور على أن عقد الحوالة يقتضي براءة ذمة المحيل بشرطه:

استدل الجمهور على أن المحال لا يرجع على المحيل ولو طرأ على المحال عليه ما يمنع استيفاء الدين بما يلي:

أولاً: عن أبي هريرة رضي الله عنه، أن النبي ﷺ قال: «مطل

---

(١) مصنف ابن أبي شيبة (١٨٩/٦ - ١٩١)، عبد الرزاق (٢٦٩/٨) - (٢٧١)، الجوهر النقي بحاشية سنن البيهقي (٧٠/٦ - ٧١)، فتح الباري (٤/٤٦٤)، شرح فتح القدير (٥/٤٤٥ - ٤٤٩)، بدائع الصنائع (٧/٣٤٣٩ - ٣٤٤٢)، البناية (٦/٨١٠ - ٨١٢)، المحلى (٨/٥١٧ - ٥١٩)، المغني (٥/٥٨ - ٥٩)، مغني المحتاج (٢/١٩٥ - ١٩٦)، نهاية المحتاج (٤/٤١٣ - ٤١٥)، الإنصاف (٥/٢٢٨ - ٢٢٩)، تكملة المجموع (١٣/٤٣٥ - ٤٣٧).

الغني ظلم، وإذا أتبع أحدكم على ملئ فليتبّع»<sup>(١)</sup>، وفي لفظ لأحمد: «من أحيل على ملئ فليحتل»<sup>(٢)</sup>، وعن ابن عمر، عن النبي ﷺ قال: «مطل الغني ظلم وإذا أحلت على ملئ فاتبعه»<sup>(٣)</sup>.

ووجه الدلالة في الحديث: أن النبي ﷺ قد أمر باتّباع المحال عليه، وقد أطلق ﷺ طلب اتّباع المحال عليه الملى، فدل هذا العموم على اتّباعه أبداً، فلا يتبع غيره بعد الإحالة، وعليه فإذا صحت الحوالة، ثم تعذر القبض بحدوث حادث، كموت أو فلس، لم يكن للمحتال الرجوع على المحيل بحال، إذ لو كان له الرجوع لما اشترط في الحديث أن يكون المحال عليه مليئاً؛ لأن مثل هذا الشرط يصبح حينئذ بلا فائدة، فعلم أن الدين في الحوالة ينتقل بلا رجوع، كما لو دفع المحيل عوضاً عن دينه، ثم تلف العوض عند المحال<sup>(٤)</sup>.

---

(١) صحيح البخاري، الحوالات - باب في الحوالة (٣/١٢٣)، صحيح مسلم، كتاب المساقاة - باب تحريم مطل الغني وصحة الحوالة واستحباب قبولها إذا أحيل على مليء (٣/١١٩٧).

(٢) مسند الإمام أحمد (٢/٤٦٣).

(٣) سنن الترمذي، البيوع - باب ما جاء في مطل الغني أنه ظلم (٤/٣١١)، سنن ابن ماجه، أبواب الأحكام - باب الحوالة (٢/٥٥)، وقال في الزوائد: «إسناده منقطع»، مصباح الزجاجة (٢/٢٤٢).

(٤) الإشراف (٢/١٩)، المحلى (٨/٥١٧-٥١٨)، النووي على مسلم (١٠/٢٢٨)، فتح الباري (٤/٤٦٤-٤٦٦)، بدائع الصنائع (٧/٣٤٤٢) =



ثانياً: عن سعيد بن المسيب أنه كان لأبيه المسيب دين على إنسان، ولرجل آخر دين على علي بن أبي طالب، فقال ذلك الرجل للمسيب: أنا أحيلك على علي، وأحلي أنت على فلان ففعلاً، فانتصف المسيب من علي، وتلف مال الذي أحاله المسيب عليه، فأخبر المسيب بذلك علي بن أبي طالب، فقال له علي: «أبعده الله»<sup>(١)</sup>، ولم ينكر علي علي رضي الله عنه أحد من الصحابة، فصار إجماعاً<sup>(٢)</sup>، وقال ابن عباس: يتخارج الشريكان وأهل الميراث، فيأخذ هذا عيناً وهذا ديناً، فإن توى لأحدهما لم يرجع على صاحبه، فدل أن الدين في ضمان المحال عليه، ولا يرجع المحال على المحيل بحال<sup>(٣)</sup>، وسئل الحسن وقتادة عن رجل احتال على رجل فأفلس، قالاً: «إن كان ملياً يوم احتال عليه فليس له أن يرجع»<sup>(٤)</sup>.

= نهاية المحتاج (٤/٤١٥)، نيل الأوطار (٥/٣٥٥)، تكملة المجموع (١٣/٤٣٥ - ٤٣٦).

(١) رواه ابن حزم من طريق حماد بن سلمة، عن محمد بن إسحاق، عن علي بن عبيد الله، عن سعيد بن المسيب. المحلى (٨/٥١٩-٥٢٠)، وانظر كذلك المغني (٥/٥٩)، تكملة المجموع (١٣/٤٣٦).  
(٢) المراجع السابقة.

(٣) صحيح البخاري (٣/١٢٣)، فتح الباري (٤/٤٦٤-٤٦٥).  
(٤) صحيح البخاري (٣/١٢٣)، مصنف ابن أبي شيبة (٦/١٩٠)، وروى عبد الرزاق عن الحسن خلافه (٨/٢٦٩-٢٧٠)، فتح الباري (٤/٤٦٤-٤٦٥)، عمدة القارئ (١٢/١٠٩).

ثالثاً: ولهم من المعقول ما يلي:

١- الحوالة عقد لازم لا يفسخ بفسخها، فامتنع الرجوع فيه، كما لا رجوع فيما لو اشترى شيئاً وغبن فيه، أو أخذ عرضاً عن دينه وتلف عنده<sup>(١)</sup>.

٢- معنى الحوالة لغة تحول الحق من موضعه إلى غيره، وما تحول عن الذمة لا يبقى فيها، والأحكام الشرعية على وفاق المعاني اللغوية<sup>(٢)</sup>.

٣- البراءة للمحيل قد حصلت مطلقة، فلا تعود إلا بسبب جديد، كما في الإبراء<sup>(٣)</sup>.

٤- ولأنها إبراء من دين ليس فيها قبض من عليه، ولا ممن يدفع عنه، فلم يكن فيها رجوع، كما لو أبرأه من الدين<sup>(٤)</sup>.

- 
- (١) الإشراف (١٩/٢)، فتح الباري (٤٦٦/٤)، نهاية المحتاج (٤١٥/٤).  
(٢) فتح الباري (٤٦٤/٤)، شرح فتح القدير ونتائج الأفكار بحاشيته (٤٤٦/٥)، بدائع الصنائع (٣٤٣٩/٧ - ٣٤٤٠)، البناية (٦/٨١٠ - ٨١١)، تكملة المجموع (٤٣٦/١٣).  
(٣) فتح الباري (٤٦٤/٤)، شرح فتح القدير وحاشيته ونتائج الأفكار (٤٤٦/٥)، بدائع الصنائع (٣٤٣٩/٧ - ٣٤٤٠)، البناية (٦/٨١٠ - ٨١١)، تكملة المجموع (٤٣٦/١٣).  
(٤) المغني (٥٩/٥).

## مناقشة الأقوال المخالفة للجمهور:

بعد عرض أدلة القول ببراءة المحيل بشرطه مطلقاً، نأتي إلى مناقشة الأقوال المخالفة، وقبل ذلك أشير إلى القول بجواز رجوع الذي غرر به المحيل؛ بأن أحاله على غير ملئ وهو لا يدري، فهذا القول لا يعد - فيما يبدو لي - استثناء من مضمون القول بعدم رجوع المحال على المحيل بإطلاق؛ لأن سبب الرجوع عندئذ موجود قبل العقد، ويبقى بعده ما لم يعلم به المحال ويرضى به، وقال الشافعية: إن لم يشترط المحال يسار المحال عليه فلا رجوع له على المحيل، وإن أحاله على معدوم؛ لأنه مقصر بترك البحث، فأشبهه من اشترى شيئاً وغبن فيه، وكما لو حدث الإعسار بعد الحوالة وقبل القبض، فإنه لا يثبت للمحال خيار؛ فكذلك لو حدث الإعسار وقت العقد<sup>(١)</sup>.

وقولهم هذا ظاهر البطلان، فإن الخبر السابق دال على أن التغرير بالمحال بإحالاته على غير ملئ لا يمنع المغرر به من الرجوع على المحيل بل يبقى على المحيل قائماً، فقد أفاد الحديث نصاً أن براءة المحيل مشروطه بالإحالة على ملئ، وهذا المعنى مناسب وصحيح، لأن البراءة مشروطة بسلامة ذمة المحال عليه، وعلى هذا دخل المحال، فإذا انتفت السلامة ينتفي معها شرط البراءة، ويبقى

---

(١) مغني المحتاج (٢/١٩٦)، نهاية المحتاج (٤/٤١٥)، تكملة المجموع (١٣/٤٣٧).

الدين في الذمة، ثم إن المحال قد دخل على ذمة سليمة، فإذا اتضح أنها معيبة جاز له الرجوع كما هو معروف ومقرر في خيار العيب، فإن من اشترى سلعة على أنها سليمة فظهرت معيبة، كان له حق ردها بسبب العيب، وهذا كله بخلاف ما طرأ من العيوب؛ لأن العيب الطارئ يحدث بعد انتقال المعقود عليه سليماً، وصيرورته إليه ورضاه به، فلا رجوع له بما يحدث فيه بعد العقد<sup>(١)</sup>.

بقي أن نناقش الأقوال المخالفة لمذهب الجمهور، فيما لو طرأ على المحال عليه إفسار بعد العقد.

#### أولاً: مناقشة القول بعدم براءة ذمة المحيل مطلقاً:

ما ذهب إليه زفر ومن وافقه، بأن الحوالة عقد جائز لا تبرأ به ذمة المحيل، لا دليل يسنده من خبر أو أثر، وكل معتمدهم هو قياسهم الحوالة على الكفالة؛ لأن الحوالة عندهم إنما شرعت وثيقة للدين، فجرت مجرى الضمان كالكفالة، وليس من الوثيقة والضمان براءة من عليه الحق، ولكن يكون التوثيق بمطالبة الثاني مع بقاء الدين على حاله في ذمة الأول من غير تغيير، كما هو الشأن في الكفالة سواء بسواء<sup>(٢)</sup>.

---

(١) الإشراف (١٩/٢)، المحلى (٥١٧/٨ - ٥١٨)، المنتقى (٨٠/٦).

(٢) بدائع الصنائع (٣٤٣٩/٧)، شرح فتح القدير (٤٤٥ - ٤٤٦)،

بداية المجتهد (٣٠٠/٢)، البناء (٨١١/٦).

والجواب : أن هذا قياس فاسد؛ لمصادمته نص الحديث، والقياس مع النص غير معتبر، ولو لم يصادم نصاً لما كان صحيحاً، للفارق بين الحوالة والكفالة لغة وحكماً، فإن الحوالة مشتقة من التحويل وهو النقل، فصار معنى الانتقال لازماً له، وهذا بخلاف الضمان، فإنه بمعنى ضم ذمة إلى ذمة، والأحكام الشرعية على وفاق المعاني اللغوية، فعلق على كل واحد مقتضاه وما دل عليه لفظه، ثم إن التوثق لا ينحصر في مطالبة كل منهما كما توهم، بل يصدق باختيار الأملأ والأقدر على الإيفاء، والأيسر والأحسن في القضاء، حتى لا يماطل في قضاء الدين، وهذا المعنى يكفي في تحقيق معنى التوثق في مسمى لفظ الحوالة، وفوق ذلك فهو قول شاذ مخالف للمذاهب الأربعة، وعامة أهل العلم، فلا يعتد به<sup>(١)</sup>.

ثانياً- مناقشة أبي حنيفة وصاحبيه بالرجوع على المحيل أحياناً:

ذهب أبو حنيفة وآخرون إلى جواز رجوع المحال على المحيل. إذا تعذر الاستيفاء من المحال عليه، على اختلاف بينهم في عدد

---

(١) بدائع الصنائع (٧/٣٤٣٩)، البناء (٦/٨١٠-٨١١)، نتائج الأفكار بحاشية فتح القدير (٥/٤٤٦)، المغني (٥/٥٨)، الزرقاني (٤/٤٠)، تكملة المجموع (١٣/٤٣٦).

الحالات التي يباح فيها الرجوع، وليس لهذه الطائفة من الأخبار المرفوعة شيء، وإنما استدلوا بما يلي:

أولاً: روي أن عثمان بن عفان رضي الله عنه قال: «لا توى على مال امرئ مسلم، وقال: يعود الدين إلى ذمة المحيل إذا مات المحال عليه مفلساً»، فهذا قول عثمان، ولا منكر له من الصحابة، فصار إجماعاً، وعن شريح مثل قول عثمان<sup>(١)</sup>.

ثانياً: ومن المعقول استدلوا بما يلي:

١- قالوا: إن البراءة مقيدة بسلامة وصوله إلى حقه؛ بدلالة الحال، إذ هو المقصود، أو تنسخ الحوالة لفواته؛ لأنه قابل للفسخ، كوصف السلامة في المبيع<sup>(٢)</sup>.

٢- وقالوا أيضاً: الأصل أن الدين لا يسقط إلا بالقضاء، وألحق الإبراء بالقضاء في الإسقاط، والحوالة ليست بقضاء ولا إبراء، فيبقى الدين في ذمته على ما كان قبل الحوالة، لكن الحوالة تنقل المطالبة من المحيل إلى المحال عليه إلى غاية التوى؛ لأن قيام الدين بالمطالبة، فإذا تلف لم تبق وسيلة إلى إحياء الدين، فعادت إلى

---

(١) مصنف ابن أبي شيبة (١٨٩/٦)، السنن الكبرى للبيهقي (٧١/٦)،  
المحلى (٥١٩/٨)، عمدة القارئ (١٠٩/١٢)، بدائع الصنائع (٣٤٤٢/٧)،  
نتائج الأفكار بحاشية فتح القدير (٤٤٨/٥).  
(٢) شرح فتح القدير (٤٤٧-٤٤٨/٥)، البناء (٨١٢/٦).

محلها الأصلي<sup>(١)</sup>.

٣- ولأن الحوالة من عقود المعاوضة، ولم يسلم العوض فيه لأحد المتعاضدين، فجاز له الفسخ، كما لو اعتاض بثوب لم يسلم إليه<sup>(٢)</sup>.

٤- رجوع المحال عند التعذر جائز؛ قياساً على الضمان<sup>(٣)</sup>.

ما يرد على أدلة الحنفية:

ويرد على استدلالهم بما روي عن عثمان؛ بأنه لو صح عنه ما ذكرتم، ما قامت به حجة؛ لمعارضته للخبر المرفوع، ولا حجة دون رسول الله ﷺ، وقد روي عن علي خلافة، وإذا اختلف السلف، فليس ما روي عن بعضهم بأولى من بعض، وفوق ذلك، فإن الرواية عن عثمان في ذلك لا تصح؛ لأنها من رواية خليلد بن جعفر<sup>(٤)</sup> وهو مجهول، قاله ابن حزم، عن معاوية بن قرة<sup>(٥)</sup> ولم يصح سماعه من

---

(١) بدائع الصنائع (٧/٣٤٤٢).

(٢) فتح الباري (٤/٤٦٦)، المغني (٥/٥٩).

(٣) المراجع السابقة.

(٤) هو أبو سليمان خليلد بن جعفر الحنفي البصري، روى عن أبي نضرة ومعاوية والحسن وغيرهم، وعنه شعبة وعذرة بن ثابت وغيرهما، قال ابن حجر: «صدوق من السادسة». الشقات (٦/٢٧١)، تهذيب التهذيب (٣/١٥٦)، التقريب (١/٢٢٦).

(٥) هو أبو إياس معاوية بن قرة بن إياس بن هلال المزني البصري، روى عن

عثمان، وقد شك راويه، هل هو في الحوالة أو الكفالة، فكيف يجرؤ أحد على الاحتجاج بمثل هذا؟<sup>(١)</sup>.

أما ما ذكره من نظر فلا يلتفت إليه، لأنها ظنون معارضة بالنص، ولو سلمت من المعارض لما كان فيها حجة؛ لأن قولهم: «البراءة مقيدة بشرط السلامة» لا يصدق على ما طرأ من العيوب بعد العقد، ولا مانع من إلحاق الحوالة بالقضاء في الإسقاط، كما ألحق به الإبراء.

وقولهم: «الحوالة عقد معاوضة» لا يصح؛ لأنه يفضي إلى بيع الدين بالدين، وهو منهي عنه، ويفارق المعاوضة بأن استقرار العقد فيها يتوقف على القبض، والحوالة ليست قبضاً، وإنما هي بمنزلة القبض، كما أن القياس على الضمان غير صحيح كما تقدم، ثم إن القائلين بالرجوع موافقون للجمهور على أن الحوالة إذا صحت سقط به الحق عن المحيل، وما سقط لا يرجع بغير دليل<sup>(٢)</sup>.

---

== أبيه وابن عباس وابن مغفل وعدة، وعنه ابنه إياس وشعبة وخلق، وثقه الأئمة، قال الذهبي: «عالم عامل» ولديوم الجمل، وتوفي سنة (١١٣هـ). الجرح والتعديل (٣٧٨/٨)، طبقات ابن سعد (٢٢١/٧)، السير (١٥٣/٥ - ١٥٥). (١) السنن الكبرى للبيهقي (٧١/٦)، فتح الباري (٤/٤٦٤ - ٤٦٥)، المحلى (٥١٩/٨ - ٥٢٠)، المغني (٥٩/٥)، تكملة المجموع (٤٣٦/١٣). (٢) المحلى (٥١٩/٨)، المنتقى (٨٠/٦)، المغني (٥٩/٥).



الترجيح :

لا يشك - من اطلع على أدلة الأقوال السابقة - في رجحان  
مذهب الجمهور القائل بأن الحوالة عقد لازم تبرأ به ذمة المحيل، وأنه  
لا رجوع على المحيل، ولو طرأ على ذمة المحال عليه ما يتعذر معه  
الوفاء بدين المحال، وأصل ذلك الخبر المرفوع، وفيه الغناء عما  
سواه، وهو مقتضى إجماع أهل المدينة وعملهم المتصل.

## المبحث الثامن عشر

### لا شفعة إلا للشريك

الشفعة في اللغة: من الشفع بمعنى الضمّ، أو هي الزّوج ضدّ الوتر؛ لأن الشفيع يضمّ حصّة شريكه إلى حصته، فتصير حصّتين، أي: شفعا بعد أن كانت وترًا<sup>(١)</sup>.

وفي الاصطلاح: هي استحقاق - من يحق له المطالبة بالشفعة - الحصّة المبيعة ممن انتقلت إليه بعوض مالي<sup>(٢)</sup>.

وقد أجمع المسلمون على وجوب الحكم بالشفعة<sup>(٣)</sup> في الجملة، لكنهم اختلفوا في بعض أحكامها، ومنها: من الذي يحق له المطالبة بالشفعة؟ ومذهب الإمام مالك وأهل المدينة، أنه لا شفعة إلاّ للشريك غير المقاسم، وليس للجار قريباً أم بعيداً شفعة.

#### توثيق المسألة:

جاء في الموطأ: عن سعيد بن المسيّب وعن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف، أن رسول الله ﷺ: «قضى بالشفعة فيما لم

---

(١) لسان العرب (٨/١٨٣-١٨٤).

(٢) كنز الدقائق (ص ٤٩٠)، الشرح الصغير (٣/٦٢٩-٦٣٠)، مغني المحتاج (٢/٢٩٧-٢٩٨)، الروض المربع (٢/٤٠٠).

(٣) بداية المجتهد (٢/٢٩١).

يقسم بين الشركاء ، فإذا وقعت الحدود بينهم فلا شفعة فيه»<sup>(١)</sup>.

قال مالك : «وعلى ذلك السنة التي لا اختلاف فيها عندنا»<sup>(٢)</sup>.

ومعنى هذا : أن الشفعة خاصة بالشريك في الرقبة ، ولا تستحق بالجوار أصلاً<sup>(٣)</sup> ، وصرح فقهاء المالكية بنسبة هذا الحكم إلى إجماع أهل المدينة ، فقال ابن عبد البر : «وهذا قول أهل المدينة وعامة أهل الأثر»<sup>(٤)</sup> ، وقال الزرقاني : «قد قوى حديثنا إجماع أهل المدينة عليه»<sup>(٥)</sup> ، ولا تكون الشفعة عند مالك أيضاً بالملاصقة في سكة أو غيرها ، ولا بالشركة في الطريق ، وعلى هذا استقر مذهب المالكية جيلاً بعد جيل<sup>(٦)</sup>.

#### مذهب غير المالكية فيمن يستحق الشفعة :

وافق الشافعي وأصحابه مالكاً في كون الشفعة خاصة بالشريك في رقبة العقار ، فلا تثبت للجار ، ولا للشريك في غير رقبة العقار ،

---

(١) الموطأ ، كتاب الشفعة - باب ما تقع فيه الشفعة (ص ٥٠٣).

(٢) الموطأ (ص ٥٠٣).

(٣) الإشراف (٤٨/٢) ، الخطاب (٣١٠/٥ - ٣١٢).

(٤) التمهيد (٥١/٧).

(٥) شرح الموطأ (٣٧٨/٣).

(٦) الإشراف (٤٨/٢) ، الكافي (٨٥٦/٢) ، أحكام القرآن (٤٣٠/١) ،

الخطاب (٣١٠/٥ - ٣١٢) ، الشرح الصغير (٣/٦٢٩ - ٦٣١).

وهو المذهب عند أحمد وأصحابه<sup>(١)</sup>، وعلى هذا جماهير العلماء من السلف والخلف<sup>(٢)</sup>.

وتفرد أبو حنيفة دون الأئمة الثلاثة، حين أوجب الشفة للجار، وهي رواية مرجوحة عند الحنابلة<sup>(٣)</sup>.

وقال ابن حزم: «تجب الشفة بالاشتراك في الطريق، وإن كانت الأجزاء مقسومة»<sup>(٤)</sup>، واختاره شيخ الإسلام ابن تيمية، وبعض الحنابلة<sup>(٥)</sup>.

وبهذا يتعين محل النزاع بين أهل المدينة ومن قال بخلافهم في حكم الشفة للجار، فنفاها أهل المدينة ومعهم الجمهور، وأثبتها أبو

---

(١) مغني المحتاج (٢/٢٩٧-٢٩٨)، فتح العزيز بحاشية المجموع (١١/٣٩٢-٣٩٥)، تكملة المجموع (١٤/٣٠٣-٣٠٥)، المغني (٤/٤٦١)، الإنصاف (٦/٢٥٠).

(٢) التمهيد (٧/٥١)، النووي على مسلم (١١/٤٦)، عمدة القاري (١٢/٢٠-٢١)، بداية المجتهد (٢/٢٥٦)، المغني (٤/٤٦١)، تكملة المجموع (١٤/٣٠٣-٣٠٥)، نيل الأوطار (٦/٨١).

(٣) الحجّة (٣/٧٦)، بدائع الصنائع (٦/٢٦٨١)، البناء (٨/٤٤٨) - (٤٥٠)، المغني (٤/٤٦١)، تكملة المجموع (١٤/٣٠٣).

(٤) المحلى (١٠/٣٣).

(٥) مجموع الفتاوى (٣٠/٣٨٣-٣٨٤)، الفروع (٤/٥٢٩-٥٣٠)، تكملة المجموع (١٤/٣٠٣-٣٠٥).

حنيفة ومن وافقه ، وقيد بعضهم ثبوتها للجار بالاشتراك في الطريق فقط .

وفيما يلي عرض أدلة من منع الشفعة للجار مطلقاً ، وأدلة من أوجبها له مطلقاً ، ثم نتبعها بمناقشة قول من قيد وجوبها للجار بالاشتراك في الطريق .

**أدلة مالك والجمهور على نفي الشفعة للجار :**

نفي الجمهور الشفعة للجار بأخبار وآثار ونظر .  
فمن الأخبار ما يلي :

الحديث الأول : عن جابر رضي الله عنه قال : « قضى النبي ﷺ بالشفعة في كل ما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود ، وصرفت الطرق فلا شفعة »<sup>(١)</sup> ، ورواه أيضاً بلفظ : « إنما جعل النبي ﷺ الشفعة في كل ما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود ، وصرفت الطرق ، فلا شفعة »<sup>(٢)</sup> .  
ولمسلم نحوه بمعناه<sup>(٣)</sup> ، ورواه مالك ، عن سعيد بن المسيب وأبي سلمة مرسلاً بلفظ : « أن رسول الله ﷺ قضى بالشفعة فيما لم يقسم بين الشركاء ، فإذا وقعت الحدود بينهم ، فلا شفعة فيه »<sup>(٤)</sup> .

---

(١) صحيح البخاري ، بيع - أول باب الشفعة (٣/ ١١٤) .

(٢) صحيح البخاري ، بيع - باب الشركة في الأرضين وغيرها (٣/ ١٨٣) .

(٣) صحيح مسلم ، كتاب المساقاة - باب الشفعة (٣/ ١٢٢٩) .

(٤) الموطأ ، كتاب الشفعة - باب ما تقع فيه الشفعة (ص ٥٠٣) .

وفي رواية عن أبي هريرة رضي الله عنه، قال: قال رسول الله ﷺ :  
«إذا قسّمت الأرض وحدّت، فلا شفعة فيها»<sup>(١)</sup>، ورواه الشافعي  
بلفظ: «الشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود فلا شفعة»<sup>(٢)</sup>، وفي  
هذا الحديث ثلاثة أدلة:

(أحدها): أنه أخبر عن محلّ الشفعة، وأنه خاص بما لم يقسم،  
وبه ينتفي وجوبها في غيره؛ لأن قوله: «الشفعة فيما لم يقسم»  
مستوعب لجنس الشفعة، إذ الألف واللام للجنس، فلم يجب في  
المقسوم شفعة.

(والثاني): دليل الخطاب، وهو أنه لما علقها بغير المقسوم دلّ  
على أن المقسوم بخلافه.

(والثالث): نصّه على سقوط الشفعة مع القسمة، فإن قوله:  
«فإذا وقعت الحدود فلا شفعة» تصريح بسقوطها مع عدم الخلطة،  
وإذا لم تجب الشفعة للشريك إذا قسم وضرب الحدود، فأحرى  
وأولى أن لا تجب الشفعة للجار، لاصق أو لم يلاصق؛ فإن الحدود

---

(١) سنن أبي دواد، كتاب البيوع - باب في الشفعة (٣/ ٧٨٥-٧٨٦)،  
ونحوه في سنن النسائي، في الشفعة - باب ذكر الشفعة وأحكامها (٧/ ٣٢١)،  
وابن ماجه في الأحكام - باب إذا وقعت الحدود فلا شفعة (٢/ ٧٣).

(٢) ترتيب مسند الإمام الشافعي، كتاب الشفعة - (٢/ ١٦٤-١٦٥)، الأم  
(٨/ ١١٩، ٥٣٥)، تلخيص الحبير (٣/ ٥٥-٦٦).

بين الجارين واقعة، والطرق مضروفة، ثم إن الشريك المقاسم هو جار بعد المقاسمة، وقد منع من طلب الشفعة بلا ريب<sup>(١)</sup>.

الحديث الثاني: عن جابر بن عبد الله قال: قال رسول الله ﷺ: «من كان له شريك في ربة<sup>(٢)</sup> أو نخل، فليس له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإذا رضي أخذ، وإن كره ترك»، وفي رواية عنه أيضاً: «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربة أو حائط، لا يحلّ له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإذا شاء أخذ، وإن شاء ترك، فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحقّ به»، وفي رواية ثالثة أن جابر بن عبد الله قال: قال رسول الله ﷺ: «الشفعة في كل شرك في أرض أو ربع أو حائط، لا يصلح أن يبيع حتى يعرض على شريكه، فيأخذ أو يدع، فإن أبى فشريكه أحقّ به حتى يؤذنه»<sup>(٣)</sup>، وفيه أنه لا شفعة للجار؛ لأنه حصر الشفعة فيما لم يقسم، كما في الرواية الثانية، ثم إن قوله: «في كل شركة» ينفي وجوبها للجار<sup>(٤)</sup>.

---

(١) الإشراف (٤٨/٢)، التمهيد (٥٠/٧)، المتقى (١٩٩/٦ - ٢٠٠)، الكافي (٨٥٢/٢)، بداية المجتهد (٢٥٦ - ٢٥٧)، بدائع الصنائع (٢٨٢/٦)، البناء (٤٥٧/٨)، نيل الأوطار (٨٠ - ٨١)، تكملة المجموع (٣٠٤/١٤).  
(٢) الربة والرّبع: المنزل والدار، ومطلق الأرض، وقيل: الربة أخص من الربع. لسان العرب (١٠٢/٨).

(٣) صحيح مسلم، كتاب المساقاة - باب الشفعة (١٢٢٩/٣).  
(٤) التمهيد (٤٧/٧)، النووي على مسلم (٤٥ - ٤٧)، تلخيص الحبير (٥٦/٣)، الزرقاني (٣٧٧/٣)، الأبي (٣٠٨/٤).

### ما يرد على الاستدلال بالحديثين:

أورد المثبتون لشفعة الجار على الحديث الأول، بأن الحفاظ من أصحاب مالك أرسلوه، كما جعلوا الاختلاف على الزهري في إسناد توهيناً له، فتضعف حجة من احتج به في اختصاص ثبوت الشفعة للشريك<sup>(١)</sup>، ثم زعموا أن قوله: «فإذا وقعت الحدود إلى آخر...» مدرج من كلام الراوي، ولم يحكه عن رسول الله ﷺ، ويدل على الإدراج، إثبات ابن أبي حاتم له<sup>(٢)</sup> وهو إمام في هذا الفن، وعدم إخراج مسلم لتلك الزيادة<sup>(٣)</sup>.

ولو صحّ الحديث مع زيادته، لم يكن حجة على أبي حنيفة؛ لأنه لم يقل: الشفعة للجار على الخصوص، حتى يحتج عليه بهذا

---

(١) شرح معاني الآثار للطحاوي (٤/ ١٢١-١٢٢)، عمدة القارئ (١٢/ ٧١-٧٢)، تلخيص الحبير (٣/ ٥٥-٥٦)، نصب الراية (٤/ ١٧٥-١٧٦)، بداية المجتهد (٢/ ٢٥٦-٢٥٧).

(٢) هو أبو محمد عبد الرحمن بن محمد أبو حاتم الرازي صاحب المصنفات العديدة المفيدة، ومنها كتابه الجرح والتعديل، قال الذهبي: «كتابه في الجرح والتعديل يقضي له بالرتبة المنيقة في الحفظ»، توفي في المحرم سنة (٣٢٧هـ). انظر تذكرة الحفاظ (٣/ ٨٢٩-٨٣٢)، شذرات الذهب (٢/ ٣٠٨)، طبقات الخنابلة (٢/ ٥٥).

(٣) شرح معاني الآثار (٤/ ١٢٢)، تلخيص الحبير (٣/ ٥٦)، الدراية (٢/ ٣٠٢)، عمدة القارئ (١٢/ ٧١-٧٢)، نصب الراية (٤/ ١٧٦).



الحديث ، وإنّما قال : الشّفعة للشّريك في نفس المبيع ، ثم في حق المبيع ، ثم من بعدهما للجار ، فإن أبا حنيفة لم يترك العمل بالحديث بل عمل به وبغيره ، بخلاف النّافي لشفعة الجار ، فإنّه أهمل العمل بالحديث المثبت لشفعة الجار ، ومنها ما رواه جابر نفسه .

والحديث الذي احتجوا به لا يدلّ إلا على ثبوت الشّفعة في الشركة ، وتخصيص الشيء بالذكر لا يدلّ على نفي ما عداه ، فإن الإثبات في هذه المسألة مقدم على النّفي ؛ لأن الإثبات زيادة علم ، ومن لم يحفظ ليس بحجّة على من حفظ ، ورواية الحصر في الحديث لا تقتضي نفي غير المذكور ، وإنّما تقتضي تأكيد المذكور بطريق الكمال ، ولو سلم انتفاء الإدراج في الحديث لكانت تلك الزيادة حجة عليهم لأنها علقت سقوط الشّفعة بشرطين : وقوع الحدود ، وصرف الطّرق ، والمعلّق بشرطين لا يترك عند وجود أحدهما ، وعندهم يسقط بشرط واحد ، وهو وقوع الحدود وإن لم تصرف الطرق ، وفوق ذلك فإن الحديث مؤول ، وتأويله : فإذا وقعت الحدود فتباينت ، وصرفت الطّرق فتباعدت ، فلا شفعة ، أو لا شفعة مع وجود من لم ينفصل حدّه وطريقه ، أو فلا شفعة بالقسمة ، وإنّما تجب الشّفعة بالمبيع ، فلا مدخل للشّفعة في أرض قسّمت ، لأن في القسمة معنى المبادلة .

وليس في حديث جابر عند مسلم سوى إثبات الشّفعة بسبب

الشركة، فلا ينفي ثبوتها بسبب الجوار<sup>(١)</sup>.

#### مناقشة هذه الإيرادات:

والجواب عما أوردوه من توهين حديث جابر الأول بإرسال الحفاظ من أصحاب مالك له، والاختلاف على الزهري في إسناده، بأن ذلك ليس بعلة قاذحة في الحديث، ولو لم يتصل الحديث من طريق آخر؛ لقول أحمد بن حنبل: «حديث معمر، عن الزهري، عن أبي سلمة أصبح ما روي في الشفعة»، وقول ابن معين: «رواية مالك أحب إليّ وأصحّ عن سعيد بن المسيّب وأبي سلمة»، ومرسل سعيد بن المسيّب عند الشافعي حسن، فكيف وقد رواه عبد الملك بن عبدالعزيز الماجشون، وأبو عاصم النبيل<sup>(٢)</sup>، ويحيى بن إبراهيم بن

---

(١) الحجة (٢/٦٨)، المحلى (١٠/٣٤)، بداية المجتهد (٢/٢٥٦-٢٥٧)، شرح معاني الآثار (٤/١٢٠)، تلخيص الحبير (٣/٥٥-٥٦)، عمدة القارئ (١٢/٢١، ٧١-٧٢)، نصب الراية (٤/١٧٥-١٧٦)، بدائع الصنائع (٦/٢٦٨٣)، البناية (٨/٤٥٩-٤٦٠)، نيل الأوطار (٦/٨٠-٨١).

(١) هو الضحاك بن مخلد بن الضحاك بن مسلم، أبو عاصم الإمام الحفاظ، حدث عن يزيد بن أبي عبيد وبهز بن حكيم وابن جريج وخلق، وعنه البخاري والأصمعي وإسحاق وغيرهم، متفق على توثيقه، ولد سنة (١٢٢هـ)، وتوفي في ذي الحجة سنة (٢١٢هـ). طبقات ابن سعد (٧/٢٩٥)، الجرح والتعديل (٤/٤٦٣)، السير (٩/٤٨٠-٤٨٣).

داود بن أبي قتيلة<sup>(١)</sup> المدني، وأبو يوسف القاضي، وسعيد الزنبري<sup>(٢)</sup> وغيرهم، متصلاً عن أبي هريرة مسنداً<sup>(٣)</sup>، وأخرجه البخاري عن جابر بلفظ مقارب، ولمسلم نحوه بمعناه<sup>(٤)</sup>، قال ابن عبد البر: «حديث ابن شهاب هذا في الشقعة حديث صحيح معروف عند أهل العلم، مستعمل عند جميعهم، لا أعلم بينهم في ذلك اختلافاً»<sup>(٥)</sup>.

ودعوى الإدراج في حديث جابر باطلة؛ لأن الإدراج لا يثبت

---

(١) هو أبو إبراهيم يحيى بن إبراهيم بن أبي قتيلة السلمي المدني، روى عن مالك والدروردي ومحمد بن إبراهيم بن دينار وغيرهم، وعنه الزبير وهارون ابنا بكار ومحمد بن نصر الفراء وغيرهم، قال ابن حجر: «صدوق ربما وهم من العاشرة». الثقات (٢٥٨/٩)، تهذيب التهذيب (١١/١٧٤)، التقريب (٣٢١/٢).

(٢) هو أبو عثمان سعيد بن داود بن أبي زنبر الزنبري، روى عن مالك وابن شهاب وابن عينة وغيرهم، وعنه البخاري في الأدب وإبراهيم بن إسحاق الحربي وأحمد بن منصور وغيرهم، قال ابن حجر: «صدوق له مناكير عن مالك»، مات (٢٢٧هـ). المجروحين (٣٢٢/١)، الميزان (٢/١٣٣-١٣٤)، التهذيب (٤/٢٤-٢٦)، التقريب (١/٢٦٤).

(٣) التمهيد (٧/٣٦-٤٦)، تلخيص الحبير (٣/٥٥-٥٦)، الزرقاني (٣/٣٧٧)، بداية المجتهد (٢/٢٥٦-٢٥٧)، تكملة المجموع (١٤/٣٠٤).

(٤) انظر صحيح البخاري (٣/١١٤)، مسلم (٣/١٢٢٩).

(٥) التمهيد (٧/٤٦-٤٧).

بالاحتمال العقلي والتشهي، فإن الأصل أن كل ما ذكر في الحديث فهو منه، حتى يثبت الإدراج بدليل، وعدم إخراج مسلم لتلك الزيادة لا يدل على الإدراج، فقد يقتصر بعض الأئمة على ذكر بعض الحديث، ثم إن الحكم للزيادة لا سيما وقد أخرجها البخاري وغيره، وقد رجّح الإمام أحمد رفعها، وفوق ذلك، فإن هذه الزيادة التي زعموا إدراجها ليس فيها إلا تأكيد ما جاء في أول الحديث، من قوله: «في كل ما لم يقسم»، وعليه فلا تغاير ولا تفاوت بين المعنيين، إلا أن يكون دلالة أحدهما على نفس المعنى بالمنطوق، والآخر بالمفهوم<sup>(١)</sup>.

وقولهم: «إثباتها للشريك لا يقتضي نفيها عن الجار» لا يصح؛ لأن ثبوت الشفعة لمطلق الشريك - كما في حديث جابر وغيره - يمنع دخول الجار فيما أطلق، إذ لا شركة بعد القسمة، ولا ينفع الحنفية اعتراضهم بأن اشتراط صرف الطرق يناقض قول مخالفينهم في نفي الشفعة للشريك في الطريق والجار، لأن المراد بصرف الطرق تلك التي كانت قبل القسم، وذلك من توابع ضرب الحدود، وإذا احتملت العبارة إرادة الطرق التي يشترك فيها الجار، فإن احتمال أن يكون المراد بها تلك التي كانت قبل القسم أظهر؛ لأنه المعنى المتبادر، كما

---

(١) فتح الباري (٤/٤٣٦-٤٣٧)، الزرقاني (٣/٣٧٨)، نيل الأوطار

(٨٠/٦ - ٨١).

في سياق الحديث<sup>(١)</sup>، ومع ذلك فإن الاعتراض إنما يصلح في حق من يثبت الشفعة بسبب الشركة في حق المبيع، ولا يصلح لمن يشتها بسبب الجوار أصلاً.

أما تأويلهم الحديث بعدم وجوب الشفعة بالمقاسمة لا البيع، فهو تأويل فاسد بعيد؛ لأن الحديث دلّ على إثبات الشفعة في غير المقسوم بالبيع، فعلم أنه نفاها عن المقسوم بالبيع، فإن للقسمة تأثيراً في إبطال والشفعة، والشفعة إنما ثبتت لإزالة ضرر، ولا يصحّ أن تكون لإزالة ضرر القسمة على الإطلاق؛ لأن في القسمة ما لا ضرر فيه، وضرر الشركة أثبت فيما لم يقسم<sup>(٢)</sup>، وفي بعض روايات مسلم تصريح بأن الشفعة تطلب عند بيع الشريك نصيبه، كما في قوله: «... لا يصلح أن يبيع حتى يعرض على شريكه، فيأخذ أو يدع»<sup>(٣)</sup>، وبقية ما ذكره من التأويلات فيه تعسف وتكلف لا يلتفت إليه ولا يعول عليه.

وللجمهور من أقوال الصحابة الدالة على تخصيص الشفعة بالشريك، قول أمير المؤمنين عمر بن الخطاب، وعثمان بن عفان رضي الله عنهما: «إذا قسّمت الأرض وحدث،

---

(١) الأبي (٣٠٨/٤)، الزرقاني (٣٧٧/٣).

(٢) المنتقى (١٩٩/٦ - ٢٠٠)، تكملة المجموع (٣٠٤/١٤).

(٣) النووي على مسلم (٤٥/١١ - ٤٧).

فلا شفعة فيها»<sup>(١)</sup>، وعلى هذا جماهير العلماء من التابعين ومن بعدهم، قال سعيد بن المسيّب وسلمان بن يسار: «لا شفعة إلاّ بين الشركاء»<sup>(٢)</sup>.

وقال عمر بن عبدالعزيز: «لا شفعة إذا صرفت الحدود»<sup>(٣)</sup>، وبمثله قال يحيى بن سعيد الأنصاري، وأبو الزناد، وربيعه، والمغيرة بن عبدالرحمن، والأوزاعي وابن المنذر، وأبو ثور، وإسحاق، والأئمة الثلاثة كما تقدّم<sup>(٤)</sup>.

#### استدلال الجمهور بالمعقول:

وللجمهور من النّظر المقتضي لاختصاص الشريك بالشفعة ما يلي:

١ - لقد ثبتت الشّفعة على خلاف الأصل، لأن فيها انتزاع ملك المشتري بغير رضاه، وإجباراً له على المعاوضة، والأصول تقتضي أن لا يخرج ملك أحد من يده إلاّ برضاه، فلمّا أثبتها الشرع لمصلحة

---

(١) الموطأ- باب ما لا تقع فيه الشفعة (ص ٥٠٦)، مصنف عبد الرزاق (٨٠/٨)، السنن الكبرى للبيهقي (٦/١٠٥)، التمهيد (٧/٤٩)، المحلى (١٠/٤٣-٤٤).

(٢) الموطأ (ص ٥٠٣)، المحلى (١٠/٣٤).

(٣) مصنف عبد الرزاق (٨٠/٨)، التمهيد (٧/٤٩)، الزرقاني (٣/٣٧٧).

(٤) المغني (٤/٤٦١)، بداية المجتهد (٢/٢٥٧).

راجحة، فلا تثبت إلا حيث أجمع على ثبوتها، وفي غيرها يرجح ما شهدت له الأصول<sup>(١)</sup>.

٢- شرعت الشفعة لدفع الضرر، وهو يحصل في الغالب مع المخالطة، فقد يتأذى الشفيع بالشريك الدّاخل، فتدعوا الحاجة إلى مقاسمته، أو يطلب الدّاخل المقاسمة، فيدخل الضرر على الشريك بنقص قيمة ملكه، وما يحتاج إلى إحداثه من المرافق، وهذا المعنى معدوم في الجار إذ لا يتأتى بعد المقاسمة<sup>(٢)</sup>.

٣- كل شفعة تستحق بالشركة، فإنها تسقط مع القسمة، كما لو كان بين ثلاثة دار، فإن لكل واحد منهم الشفعة فيما يبيع شريكه، فإذا قسّموها، وجعل باب أحدهم في الوسط وباب كل واحد من الشريكين في الطّرف، فإذا باع صاحب الطّرف، فإن الشفعة لصاحب الوسط، ولا يكون لصاحب الطّرف الآخر شفعة، وقد كان له شفعة في هذا المبيع قبل القسمة، وإنما سقطت بالقسمة<sup>(٣)</sup>.

٤- ضرر الشركة ضرر لازم لا يمكن دفعه إلا بالشفعة بخلاف الجوار فليس بلازم ويمكن دفعه بالرفع إلى السلطان، وغير ذلك من الأسباب، فلا تدعو الحاجة إلى دفعه بالشفعة.

وقد ردّ الحنفية على بعض ما تقدّم من النظر، فقالوا: إن جعل

---

(١) المغني (٤/٤٦١)، بداية المجتهد (٢/٢٥٧).

(٢) فتح الباري (٤/٤٣٨)، المغني (٥/٤٦٢)، نيل الأوطار (٦/٨٣).

(٣) الإشراف (٢/٤٨).

العلّة المؤثرة في استحقاق الشّفعة عند البيع لزوم مؤنة القسمة لا يصلح؛ لأن مؤنة القسمة أمر مشروع، فلا يعدّ ضرراً يوجب الشفعة، وإنما العلة هي دفع ضرر الجوار؛ لاتصال المالكين على الدّوام، أما قولهم بإمكان دفع ضرر الجوار بالرفع إلى السلطان ونحوه، فهو احتمال غير مؤكّد، فقد لا يندفع بذلك، ولو اندفع لكان ذلك بعد مشقة وعناء، فإن المرافعة ونحوها ضرر في نفسها، وضرر جار السوء يكثر وجوده في كلّ ساعة، فيبقى في ضرر متّصل<sup>(١)</sup>.

وأجيب: بأن ضرر الجوار ضرر نادر فلا يعتبر، والشارع قد علّق الأحكام بالأمر الغالبة كما في الشّركة، ثم إن اندفاعه ممكن مع الإقامة بخلاف الشريك فإنه لا يندفع أذاه بغير المقاسمة.

### أدلة الحنفية في إثبات الشّفعة للجار:

استدل الحنفية لمذهبهم بالمنقول والمعقول، وحثّتهم من السنّة ما يلي.

الحديث الأول: قوله ﷺ: «الجار أحقّ بسقبه»، ويروى «صقبه»<sup>(٢)</sup>، وروي من حديث جابر بلفظ: «الجار أحقّ بشفعته ينتظر

---

(١) بدائع الصنائع (٦/٢٦٨٢)، البناء (٨/٤٥٧، ٤٥٨، ٤٦٢).

(٢) صحيح البخاري، في الشفعة - باب عرض الشفعة على صاحبها قبل البيع (٣/١١٤-١١٥)، وفي ترك الحيل، باب في الهبة والشفعة (٩/٣٥)، وباب احتيال العامل ليهدى له (٩/٣٦).



بها وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً»<sup>(١)</sup>.

ومن طريق عمرو بن الشريد<sup>(٢)</sup>، عن أبيه، أن رجلاً قال:  
يا رسول الله ! أرضي ليس لأحد فيها شرك ولا قسم إلا الجوار،  
فقال: «الجار أحق بصقبه»<sup>(٣)</sup>.

والحديث بألفاظه المختلفة دال على ثبوت الشفعة بالجوار، لأن  
معنى السقب أو الصقب - كما في الرواية الثانية - ما قرب، وهو الجار  
الملاصق، أي: أحق بشفعة ما يليه وما يقرب منه، ويؤكد هذا المعنى

---

(١) سنن أبي داود، كتاب البيوع - باب في الشفعة (٣/ ٧٨٧ - ٧٨٨)،  
وفي سنن الترمذي، أبواب الأحكام - باب ما جاء في الشفعة للغائب (٥/ ٥٤)،  
ورواه ابن ماجه في سننه، أبواب الأحكام - باب الشفعة للجار (٢/ ٧٢)، وهو  
عند النسائي بلفظ مقارب، كتاب البيوع - باب بيع المشاع (٧/ ٣٠١، ٣٢٠)،  
باب الشركة في الرباع، المسند (٢/ ٣١٦).

(٢) هو أبو الوليد عمرو بن الشريد بن سويد الثقفي الطائفي، روى عن أبيه  
وسعد وأبي رافع وغيرهم، وعنه إبراهيم بن ميسرة ويعلى بن عطاء ومحمد بن  
ميمون وعدة، ذكره ابن حبان في الثقات، وقال ابن حجر: «ثقة من الثالثة».  
الثقات (٥/ ١٨٠)، الكاشف (٢/ ٢٣١)، تهذيب التهذيب (٨/ ٤٧ - ٤٨)،  
التقريب (٢/ ٧٢).

(٣) سنن النسائي، كتاب البيوع - باب ذكر الشفعة وأحكامها (٧/ ٣٢٠)،  
ورواه أيضاً ابن ماجه في سننه، أبواب التيجارات - باب الشفعة بالجوار  
(٢/ ٧٣).

رواية «الجار أحق بشفعته» فهي نص في الباب (١).

الحديث الثاني: جاء من حديث سمرة وأنس رضي الله عنهما،  
أن النبي ﷺ قال: «جار الدار أحق بالدار» (٢)، وروي أيضاً بلفظ:  
«جار الدار أحق بدار الجار والأرض» (٣).

وهذه الألفاظ في الحديث نص في وجوب الشفعة للجار.

الحديث الثالث: عن منصور (٤)، عن الحكم، عمن سمع علياً  
وعبد الله بن مسعود يقولان: «قضى رسول الله ﷺ بالجوار» (٥)،

---

(١) الحجة (٣/٦٩، ٧٢، ٧٣، ٧٥)، شرح معاني الآثار للطحاوي  
(٤/١٢٣ - ١٢٤)، بداية المجتهد (٢/٢٥٧)، بدائع الصنائع (٦/٢٦٨٢)،  
اللباب (٢/٥٣٩ - ٥٤٠)، نصب الراية (٤/١٧٤ - ١٧٥)، البناية (٨/٤٥٥ -  
٤٥٦).

(٢) سنن الترمذي، أبواب الأحكام - باب ما جاء في الشفعة (٥/٥٢،  
٥٦)، السنن الكبرى للبيهقي، كتاب الشفعة - باب الشفعة بالجوار (٦/١٠٦)،  
مصنف ابن أبي شيبة، كتاب البيوع والأقضية - باب من كان يقضي بالشفعة  
للجار (٧/١٦٥).

(٣) سنن أبي داود، كتاب البيوع - باب في الشفعة (٣/٧٨٧).

(٤) هو أبو المغيرة منصور بن زاذان الواسطي الثقفي مولاهم، روى عن أنس  
يقال مرسل والحسن وابن سيرين وعدة، وعنه خلف بن خليفة وسالم بن سعيد  
وأبو عوانة وعدة، متفق على توثيقه، توفي سنة (١١٩هـ). تاريخ الثقات  
(٤٤٠)، الكاشف (٣/١٧٥)، تهذيب التهذيب (١٠/٣٠٦ - ٣٠٧).

(٥) شرح معاني الآثار، كتاب الشفعة - باب الشفعة بالجوار (٤/١٢٣)،  
مصنف عبد الرزاق، كتاب البيوع - باب الشفعة بالجوار (٨/٧٨).

ومعنى قوله: «قضى بالجوار» أي: بالشفعة<sup>(١)</sup>، وقد ورد هذا المعنى صريحاً عند أبي بكر بن أبي شيبة، ولفظه: «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة للجوار»<sup>(٢)</sup>.

### ما يرد على الاستدلال بهذه الأحاديث:

يرد على الحديث الأول وهو حديث أبي رافع، أنه غير صريح، فلا متعلق لهم به، فليس فيه إلا الجار أحق بصقبه، والصقب القرب، وليس للشفعة فيه ذكر ولا أثر، ولعل المراد؛ أن الجار أحق بصلته ومساعدته ورعايته، ونحو ذلك من وجوه الرفق والمعروف، فإن كل ذلك مطلوب من أجل الجوار بدلالة القرآن والسنة<sup>(٣)</sup>، ولا يمكن بحال حمله على الشفعة، لأن ذلك يستلزم أن الجار أحق من الشريك قطعاً، ولا أحد يقول به، فإن الشريك مقدم حتى عند من يثبت الشفعة بالجوار، ثم إن راوي الحديث، وهو عمرو بن الشريد، لا يرى الشفعة بالجوار، ولا يرى اللفظ الذي رواه يقتضي

---

(١) عمدة القارئ (٢١/١٢).

(٢) مصنف أبي بكر بن أبي شيبة، كتاب البيوع والأفضية - باب من كان يقضي بالشفعة للجوار (٧/١٦٣-١٦٤)، الجوهر النقي بحاشية سنن البيهقي (١٠٧/٦).

(٣) التمهيد (٧/٤٦)، المحلى (١٠/٣٧-٤٠)، المغني (٥/٤٦٢-٤٦٣)، الزرقاني (٣/٣٧٧)، الأبي (٤/٣٠٨)، تكملة المجموع (١٤/٣٠٤).

ذلك ، قال عبد الله بن عبد الرحمن بن يعلى الثقفي : قلت لعمرو :  
ما صقبه ؟ قال : الشفعة ، قلت : زعم الناس أنها الجوار ، قال :  
الناس يقولون ذلك<sup>(١)</sup> ، فدل هذا على أن الشريك هو المراد بالجار في  
حديث أبي رافع وغيره ؛ لأنه الجار الأخص ، فإن كل شيء قارب  
شيئاً يقال له جاره ، وقد قالوا لامرأة الرجل جارة لما بينهما من  
المخالطة ، قال الأعشى : (٢)

أجارتنا بيني فإتاك طالقة كذاك أمور الناس غاد وطارقة<sup>(٣)</sup>  
فسماها جارة لأنها مخالطة ، ومما يدل على أن المراد بالجار في  
الحديث الشريك ، أن الحديث ورد ذكره في شأن سعد بن أبي وقاص  
الذي كان شريكاً لأبي رافع في البيتين ، ولذلك دعاه أبو رافع إلى  
الشراء استجابة للحديث الذي رواه<sup>(٤)</sup> ، وأما رواية جابر أن النبي ﷺ  
قال : « الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائباً إذا كان

---

(١) التمهيد (٤٦/٧) ، المحلى (٤٢/١٠) ، الزرقاني (٣٧٧/٣) ، نيل  
الأوطار (٨١/٦ - ٨٣) ، تكملة المجموع (٣٠٥/١٤) .

(٢) هو أبو قحافة عامر بن الحارث الباهلي ، شاعر جاهلي ، أشهر شعره رائية  
له في رثاء أخيه لأمه « المتشربن وهب » . خزانة الأدب (٩/١) ، الأعلام  
(١٦/٤) .

(٣) ديوان الأعشى (ص ١٢٢) .

(٤) فتح الباري (٤٣٧/٤ - ٤٣٨) ، المنتقى (٢١٦/٦) ، المغني (٥/٤٦٢ -  
٤٦٣) ، نيل الأوطار (٨١/٦ - ٨٣) ، تكملة المجموع (٣٠٤/١٤) .

طريقهما واحداً»، فقد تفرد به عبد الملك بن أبي سليمان<sup>(١)</sup>، وهو  
لين الحديث، تكلم فيه شعبة من أجل هذا الحديث، وقال الشافعي:  
«نخاف أن لا يكون محفوظاً»، وقد عارضته رواية الحفاظ، وسئل  
الإمام أحمد عن هذا الحديث، فقال: «حديث منكر»، وقال يحيى  
ابن معين: «لم يحدث به إلا عبد الملك، وقد أنكره الناس عليه»،  
وقال الترمذي: «سألت البخاري عنه، فقال: لا أعلم أحداً رواه عن  
عطاء غير عبد الملك تفرد به، ويروى عن جابر خلاف  
هذا»<sup>(٢)</sup>، وأعله بعضهم بالإدراج، فقال: هو رأي لعطاء، أدرجه  
عبد الملك في الحديث<sup>(٣)</sup>، وعلى فرض صحة هذه الرواية، فهي دليل  
لمن أوجب الشفعة بالاشتراك في الطريق، ولا حجة فيها لمن أوجبها

---

(١) هو أبو محمد عبد الملك بن أبي سليمان العرزمي الكوفي. حدث عن  
أنس بن مالك وسعيد بن جبير وعطاء وخلق، وعنه الثوري وزائدة وابن المبارك  
وآخرون، قال ابن حجر: «صدوق له أوهام»، مات سنة (١٤٥هـ). الثقات  
(٩٨/٧)، الميزان (٢/٦٥٦)، تهذيب التهذيب (٦/٣٩٧ - ٣٩٨)، التقريب  
(٥١٩/١).

(٢) سنن الترمذي (٥/٥٥ - ٥٦)، التمهيد (٧/٤٦)، المحلى (١٠/٣٧ -  
٤٠)، المجموع (١٤/٣٠٤ - ٣٠٥)، المختصر للمنزدي (٥/١٧٠ - ١٧١)،  
نصب الراية (٤/١٧٣ - ١٧٤)، البناية (٨/٤٤٩ - ٤٥٤)، الزرقاني  
(٣/٣٧٨)، الأبي (٤/٣٠٨).

(٣) المختصر للمنزدي (٥/١٧١)، نصب الراية (٤/١٧٤).

للجار مطلقاً<sup>(١)</sup>، قال ابن حزم: «لو صح لكان حجة لنا، ولكننا لا نحتج بما لا نصحيحه»<sup>(٢)</sup>.

والحديث الثاني: وهو حديث سمرة، الذي جاء فيه أن: «جار الدار أحق بالدار» لا تقوم به حجة؛ لأن المحدثين اختلفوا في لقاء الحسن بسمرة، فنفاه بعضهم، قال يحيى بن معين: «لم يسمع الحسن من سمرة»، ومن أثبت لقاءه قال: إنه لم يرو عنه سوى حديث العقيقة وحده<sup>(٣)</sup>، وقال ابن حزم: «وما نرى سماع عيسى بن يونس من ابن أبي عروبة إلا بعد اختلاطه، وحسبك أن الذي رواه عنه ذكر أنه أخطأ فيه»<sup>(٤)</sup>، ولو صح لم ينفعهم التعلق به؛ لتطرق الاحتمال إليه، فلا مانع أن يراد أنه أحق ببر أهل الدار ورفدهم، أو أن المراد بالجار في الحديث الشريك، لأنه يسمى جاراً<sup>(٥)</sup>.

وما روي من أن النبي ﷺ «قضى بالجوار» فهو خبر منقطع؛ لأن الحكم لم يدرك علياً وابن مسعود رضي الله عنهما، ولا يثبت من طريق الطحاوي؛ لأن في سنده مجهول فبطل التعلق به، ولو صح

---

(١) الزرقاني (٣/٣٧٨)، الأبي (٤/٣٠٨).

(٢) المحلى (١٠/٣٧ - ٤٠).

(٣) المحلى (١٠/٣٨ - ٤٠)، معالم السنن للخطابي (٥/١٧٠)، المغني (٥/٤٦١ - ٤٦٣)، تكملة المجموع (١٤/٣٠٤ - ٣٠٥).

(٤) المحلى (١٠/٣٨ - ٤١).

(٥) المحلى (١٠/٣٨ - ٤١)، الزرقاني (٣/٣٧٨)، الأبي (٤/٣٠٨).

ما نفع في إثبات للشفعة أصلاً، فليس فيه للشفعة أثر ولا إشارة،  
وحمله على إرادة وجوه البر والإحسان أولى؛ لصحة ورود القرآن  
بذلك<sup>(١)</sup>.

وفي الباب أخبار أخرى لا صحيحة ولا صريحة في إثبات  
مرادهم<sup>(٢)</sup>. قال ابن حزم: «وأكثرها لا يصح، ولا ينبغي أن يشتغل  
بها لسقوطها»<sup>(٣)</sup>.

مناقشة ما ورد على الاستدلال بأحاديث إثبات الشفعة  
للجار:

ناقش الحنفية ما ورد على استدلالهم، فأنكروا تضعيف رواية  
جابر التي فيها إثبات الشفعة للجار، وقالوا: حديث جابر حسنه  
الترمذي، وعبد الملك ثقة مأمون عند أهل الحديث، فقد عده الثوري  
وابن حنبل من الحفاظ، وكان الثوري يسميه الميزان، وقد أخرج له  
مسلم، واستشهد به البخاري، وذكره ابن حبان في الثقات، وقال:  
روى عنه شعبة وأهل العراق، وكان من خيار أهل الكوفة  
وحفاظهم، وطعن شعبة في عبد الملك لا يقدر فيه؛ لأنه لم يكن من  
الحدائق في الفقه فيجمع بين الأحاديث إذا ظهر تعارضها، وإنما كان

---

(١) المحلى (٣٧/١٠ - ٤٢)، عمدة القارئ (٢١/١٢).

(٢) المحلى (٣٨/١٠ - ٤٢)، نصب الراية (١٧٦/٤).

(٣) المحلى (٤٢/١٠).

حَقَّاطًا، وغير شعبة وإنما طعن فيه تبعاً لشعبة، وبقليل من التأمل يتتفي التعارض بين حديث ابن شهاب، ورواية جابر المشهورة من جهة، ورواية عبد الملك؛ لأن الحديث الأول لم يثبت فيه استحقاق الشفعة إلا بشرط صرف الطرق، وحديث عبد الملك يثبت الشفعة للجار إذا اتحد طريقهما، وهذا يدل على مطلق اشتراك الجارين في المنافع، كالبر والسطح والطريق، ففي كل ذلك يستحق الجار الشفعة، وإذا لم يشترك الجاران في شيء من المنافع فلا شفعة؛ لحديث جابر المشهور، ثم إن أحاديث الجار فيها زيادة حكم على حديث جابر المشهور، فوجب المصير إليها<sup>(١)</sup>.

أما حملهم الجار في الحديث الذي رواه عمرو بن الشريد على الشريك فهو صرف للفظ عن حقيقة معناه، وهذا لا يجوز، ولا يوجد في لغة العرب، وإنما سميت المرأة جارة زوجها؛ لقربها منه، لا لكونها شريكة له، ولأن آخر الحديث يأبى حمله على الشريك، فإنه قال في آخره: «إن كان طريقهما واحدا»، وفي حمله على الشريك يلغو هذا؛ لأن الشريك يستحق الشفعة اتحد الطريق أو لم يتحد.

---

(١) سنن الترمذي (٥٥/٥)، نصب الرأية (٤/١٧٣-١٧٤)، عمدة القارئ (١٢/٧١-٧٢)، التمهيد (٧/٥٠-٥١)، اللباب (٢/٥٣٩-٥٤٠)، البناية (٨/٤٥٤).



وقد دل ظاهر الحديث : أن أبا رافع كان يملك بيتين من جملة دار سعد ، لا شقصاً شائعاً من منزل سعد ، فمقتضى الحديث : أن سعداً كان جاراً لأبي رافع قبل أن يشتري منه داره لا شريكاً له ، ثم إن رواية : «أرضي لا شركة فيها ولا قسم» صريحة في ثبوت الشفعة بجوار لا شركة فيه ، وبها يسقط تأويلهم الجار بالشريك .

وطعنهم في الحديث الثاني غير سليم ؛ لأن حديث سمرة صححه الترمذي ، وسماع الحسن من سمرة أكيد ، قاله ابن المديني والبخاري ، وأخرجه الطحاوي من خمس طرق صحاح ، وعيسى ابن يونس ثقة ثبت ، قال ابن المديني : «هو ثقة مأمون»<sup>(١)</sup> .

وتعقب الجمهور هذه الردود ، بأن حديث عبد الملك متكلم فيه ، فلا يقوى على معارضة ما أخرج في الصحيحين ، ولو صح لم ينفعهم في إثبات الشفعة للجار مطلقاً ؛ لأنه يشترط الاشتراك في الطريق ، أما قولهم : لا يجوز صرف لفظ الجار عن حقيقته ، فإن محل ذلك عند التجرد من القرائن ، وقد قامت القرائن هنا للمجاز ، فاعتبر للجمع بين حديث جابر وحديث أبي رافع ، فحديث جابر صريح في اختصاص الشفعة بالشريك ، وحديث أبي رافع مصروف

---

(١) الحجة (٣/ ٦٩ - ٧٣) ، عمدة القارئ (١٢/ ٧١ - ٧٢) ، نصب الراية

(٤/ ١٧٤ - ١٧٥) ، فتح الباري (٤/ ٤٣٧ - ٤٣٨) ، بدائع الصنائع (٦/

٢٦٨٢) ، اللباب (٢/ ٥٣٩ - ٥٤٠) ، البناية (٨/ ٤٥٨ - ٤٥٩) .

الظاهر اتفاقاً<sup>(١)</sup>، وما زعموه صريحاً في الدلالة على الشفعة للجار: فهو مركب من روايتين، جمع بينهما عيسى بن يونس عن سمرة، وفي نصب الراية: «قال الدارقطني: وهم فيه عيسى بن يونس، وغيره يرويه عن قتادة، عن الحسن، عن سمرة، هكذا رواه شعبة وغيره، وهو الصواب»<sup>(٢)</sup>.

وبالجملة فإن أحاديث إثبات الشفعة للجار لا تقوى على معارضة أحاديث اختصاص الشفعة بالشريك، لأنه إما ظاهر، أو نص في نفي الشفعة لغير الشريك<sup>(٣)</sup>، قال ابن القيم: «ما روي عن جابر وأبي سلمة أولى الأحاديث أن يؤخذ به؛ لأنه أثبتتها إسناداً، وأبينها لفظاً، وأعرقها في الفرق بين المقاسم وغير المقاسم، وما عداه ففيها مقال، مع تطرق الاحتمال إليها»<sup>(٤)</sup>.

وعلى فرض قوة معارضتها ومدافعتها، فإنها تسقط جميعاً عند النظر، ويجب الرجوع إلى الأصول، وأصول السنن كلها والكتاب

---

(١) المحلى (٣٨/١٠ - ٤١)، فتح الباري (٤/٤٣٧ - ٤٣٨)، تكملة المجموع (١٤/٣٠٥).

(٢) نصب الراية (٤/١٧٣).

(٣) تهذيب ابن القيم بحاشية مختصر المنذري ومعالم السنن (٥/١٦٦)، المغني (٥/٤٦١ - ٤٦٣)، الزرقاني (٣/٣٧٨).

(٤) تهذيب ابن القيم (٥/١٦٦).

تشهد أنه لا يحل إخراج ملك من يد ملكته ملكاً صحيحاً تاماً بغير طيب نفس من المالك، فلا يؤخذ ملكه دون حجة قاطعة يجب التسليم لها، فلزم الوقوف عند المقطوع بثبوته عند الجميع، وهو الشفعة للشريك<sup>(١)</sup>.

ولو سلمنا بثبوت تلك الأحاديث، وصحة دلالتها على الشريك والمجاور بغير شركة، فإنها تقتضي بعمومها ثبوت الشفعة لهما جميعاً، وحديثا ابن شهاب وأبي هريرة<sup>(٢)</sup> يدلان على عدم ثبوت الشفعة للجار الذي لا شركة له، فوجب تخصيص عموم أحاديث الجار بهما<sup>(٣)</sup>.

#### أدلة أخرى للحنفية على إثبات الشفعة للجار:

استدل الحنفية ومن وافقهم أيضاً بكتاب عمر بن الخطاب إلى شريح، يأمره فيه بأن يقضي للجار الملازق بالشفعة<sup>(٤)</sup>، وهو قول الشعبي، وشريح، وابن سيرين، والحكم، وحماد، والحسن، وطاوس، والثوري، وابن أبي ليلى، وابن شبرمة<sup>(٥)</sup>.

---

(١) التمهيد (٧/ ٥٠ - ٥١).

(٢) انظر الحديث الأول من أدلة الجمهور.

(٣) نيل الأوطار (٦/ ٨١ - ٨٣).

(٤) شرح معاني الآثار (٤/ ١٢٥)، عمدة القارئ (١٢/ ٢١)، البناءة

(٥٤١/ ٢)، اللباب (٤٥٧ - ٤٥٦/ ٢).

(٥) اللباب (٢/ ٥٤١)، البناءة (٨/ ٤٥٦ - ٤٥٧).

وتعقب ما نسب إلى عمر بن الخطاب : بأن المروي عنه خلافه ،  
فقد روي عنه وعن غيره : « أن الأرض إذا قسمت وحدث فلا شفعة  
فيها »<sup>(١)</sup> ، ولا حجة في قول ما دون الصحابي .

### وللحنفية من المعقول ما يلي :

قالوا : إن حق الشفعة للشريك إنما ثبت بسبب الشركة ؛ لدفع  
أذى الدخيل وضرره ، وملك الجار متصل بملك الدخيل اتصال قرار  
وتأيد ، فوقع الأذى والضرر منه للجار محتمل ، كاحتماله فيما لم  
يقسم ، وعليه فورود الشرع بإثبات الشفعة للشريك يعد وروداً بإثباتها  
للجار أيضاً ولا فرق ؛ لأن العبرة بالاتصال ، فهو سبب دفع ضرر  
الجوار ، إذ هو مادة المضارة ، وقطع هذه المادة بتملك الأصل أولى ؛  
لأن الضرر في حقه يزعاجه عن خطة آبائه أشد ، فإن ملك الدخيل  
لم يتقرر بعد ، فرفعه أسهل من دفع الأصل إلى التحول عن خطة  
آبائه<sup>(٢)</sup> .

وتعقب هذا الاستدلال : بأن تعليل الاستحقاق بالجوار بسبب  
دفع ضرر الجوار منقوض بالجار المقابل والملاصق بطريق الإجارة ، ثم  
إن وجود الضرر في الشركة أعظم من الجوار ، وهو ضرر محتمل

---

(١) مصنف عبد الرزاق (٨ / ٨٠) ، التمهيد (٧ / ٤٩) ، المحلى (١٠ / ٦ ،  
٣٤ ، ٤٤) .

(٢) بدائع الصنائع (٦ / ٢٦٨٢) ، البناية (٨ / ٤٦١ - ٤٦٢) .

موهوم، وضرر المشتري بأخذ ملكه دون رضاه متحقق، فكيف يدفع  
ضرر موهوم بضرر متحقق؟ فإن الضرر لا يزال بضرر مثله أو بأعظم  
منه<sup>(١)</sup>.

### الترجيح:

بعد عرض أدلة الطرفين ومناقشتها تبين- والله أعلم- رجحان  
مذهب مالك والجمهور القائل بعدم ثبوت الشفعة للجار، وذلك  
للأسباب الآتية:

أولاً: صحة الأحاديث وصراحتها بنفي الشفعة فيما لم  
يقسم.

ثانياً: استمرار العمل عند جماهير الصحابة رضي الله عنهم،  
والتابعين، ومن بعدهم على عدم إثبات الشفعة للجار.

ثالثاً: عدم صراحة الأخبار التي استدلت بها لإثبات الشفعة  
بسبب الجوار، واحتمالها لأكثر من معنى، مع تكلم أهل الشأن في  
أكثرها.

مناقشة قول من قال: تثبت الشفعة للجار إذا اتحدت

### الطريق:

احتج القائلون بثبوت الشفعة للجار إذا اتحدت الطريق بما يلي:

---

(١) بداية المجتهد (٢/٢٥٧)، البناء (٨/٤٥٩-٤٦٣).

أولاً: قوله عليه الصلاة والسلام من حديث أبي سلمة عن جابر: «إذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»، فهذا البيان في الحديث يقتضي إثبات الشفعة للجار إذا لم تصرف الطرق، وقوله عليه الصلاة والسلام في رواية أخرى: «إذا قسمت الأرض فلا شفعة» يوجب إثبات الشفعة للجار في حال ترك قسمة بعض المملوك؛ لأنهم إن لم يقسموا الطريق وكان ممتلكاً لأهل الأرض، فإن القسمة عندها لم تتم، ولم تقسم تلك الأرض بعد، وإنما قسم بعضها وحد بعضها، ولم يبطل النبي ﷺ قط الشفعة بقسمة البعض، لكن بقسمة الكل<sup>(١)</sup>.

ثانياً: عن جابر أن النبي ﷺ قال: «الجار أحق بشفعة جاره، ينتظر بها وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً»، وهذا الحديث صريح في القضاء بالشفعة بسبب الاشتراك في الطريق<sup>(٢)</sup>.

ثالثاً: إثبات أبي رافع الشفعة في المقسوم إذا كان الطريق واحداً ممتلكاً<sup>(٣)</sup>، وكان عمر بن عبد العزيز يقضي بالشفعة إذا كان الجاران مختلطين، أو جمعتهم دار بباب واحد، وقضى بذلك أيضاً إياس ابن معاوية بعدما بلغه كتاب عمر بن عبد العزيز<sup>(٣)</sup>.

(١) المحلى (٤٤/١٠).

(١) التمهيد (٤٧/٧)، مجموع الفتاوى (٣٨٣/٣٠).

(٢) المصنف لابن أبي شيبة (١٦٥/٧)، المحلى (٣٥/١٠).

(٣) المحلى (٣٥/١٠).

رابعاً: إذا كان النبي ﷺ قد أثبت الشفعة فيما يقبل القسمة، فما لا يقبل القسمة كحقوق الملك أولى بثبوت الشفعة بسبب الشركة فيه، فإن الضرر فيما يقبل القسمة يمكن رفعه بالمقاسمة، وما لا يمكن فيه القسمة يكون ضرر المشاركة فيه أشد<sup>(١)</sup>.

وأجيب عما تقدم بما يلي:

أولاً: الاستدلال بمفهوم حديث أبي سلمة على أن الاشتراك في الطريق يوجب الشفعة للجار غير مفيد لمرادهم، لأن المراد بصرف الطرق تلك التي كانت قبل القسم، وحق الشيء ليس بالضرورة هو عين الشيء.

ثانياً: أما حديث: «الجار أحق بشفعة جاره...» فقد تفرد به عبد الملك بن أبي سليمان، وهو لين الحديث، تكلم فيه غير واحد من أهل الشأن، وقد عارضته رواية الحفاظ، وأعله بعضهم بالإدراج، هذا مع احتمال أن يكون الجار المذكور في هذا الحديث هو الشريك في المشاع<sup>(٢)</sup>، قال ابن عبد البر: «حديث عبد الملك هذا أنكره يحيى القطان وغيره، وقالوا: لو جاء بآخر مثله ترك حديثه،

---

(١) مجموع الفتاوى (٣٠/٣٨٣).

(٢) سنن الترمذي (٥/٥٥-٥٦)، المختصر للمنذري (٥/١٧٠-١٧١)، التمهيد (٧/٤٦)، المحلى (١٠/٣٧-٤٠)، نصب الرأية (٤/١٧٣-١٧٤)، البناية (٨/٤٤٩-٤٥٤)، الزرقاني (٣/٣٧٨)، الأبي (٤/٣٠٨)، تكملة المجموع (١٤/٣٠٤-٣٠٥).

وليس عبد الملك هذا مما يعارض به أبو سلمة وأبو الزبير، وفيما ذكرنا من روايتهما عن جابر ما يدفع رواية عبد الملك هذه، وإيجاب الشفعة إيجاب حكم، والحكم إنما يجب بدليل لا معارض له، وليس في الشفعة أصل لا اعتراض فيه ولا خلاف إلا في الشريك، وفي قول جابر بن عبد الله: «إنما جعل رسول الله ﷺ الشفعة في كل شرك ربع أو حائط ما ينفي الشفعة في غير المشاع من العقار»<sup>(١)</sup>.

ثالثاً: ما ذكره عن أبي رافع، يعارضه قول عمر وعثمان رضي الله عنهما: «إذا قسّمت الأرض وحدت فلا شفعة فيها»<sup>(٢)</sup>، وهو الذي عليه جمهور التابعين، ومنهم سعيد بن المسيب، وسليمان بن يسار، وكلهم قال: لا شفعة إلا بين الشركاء، وروي عن عمر بن عبد العزيز أنه قال: «لا شفعة إذا صرفت الحدود»، ومنع أكثر أهل العلم الشفعة للجار مطلقاً، ومنهم الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد وأصحابهم<sup>(٣)</sup>.

---

(١) التمهيد (٧/٤٧ - ٤٨).

(٢) الموطأ (ص ٥٠٦)، عبد الرزاق (٨/٨٠)، البيهقي (٦/١٠٥)، التمهيد (٧/٤٩)، المحلى (١٠/٦، ٣٤، ٤٤).

(٣) الموطأ (ص ٥٠٣)، عبد الرزاق (٨/٨٠)، التمهيد (٧/٤٩)، المحلى (١٠/٤٣ - ٤٤)، بداية المجتهد (٢/٢٥٧)، المغني (٤/٤٦١)، الزرقاني (٣/٣٧٧).



رابعاً: وقول من قال: «ثبوتها في حقوق الملك التي لا تقبل القسمة أولى من ثبوتها فيما يقبل القسمة» لا يُعول عليه؛ لأن الشفعة شرعت لدفع الضرر، وهو يحصل في الغالب مع المخالطة، فقد يتأذى الشفيع بالشريك الداخل، فتدعو الحاجة إلى مقاسمته، أو يطلب الداخل المقاسمة، فيدخل الضرر على الشريك بنقص قيمة ملكه، وما يحتاج إلى إحداثه من المرافق، أما ما لا يقبل القسمة كالطريق ونحوه فلا تدعو الحاجة فيه إلى المقاسمة، وإذا انتفت الحاجة إلى المقاسمة انتفى الضرر الذي من أجله شرعت الشفعة.

وعليه فالراجح - والله أعلم - مذهب الجمهور القاضي بعدم ثبوت الشفعة للجار مطلقاً، ولو كان طريقهما واحداً؛ لأن الشفعة تجب للشريك في الرقبة فقط بدلالة ظواهر النصوص، وإجماع أهل المدينة، واتفاق الأكثر من السلف والخلف على ذلك، واتحاد الطريق لا يصير الجار شريكاً، ثم إن اتحاد الطريق كاتحاد عين الشراب ونحوها من المرافق، فلو أوجبنا الشفعة بالاشتراك في بعض حقوق الملك لوجب للجار بإطلاق، لأن الغالب اشتراك الجيران في بعض هذه المرافق، وإيجابها للجار بإطلاق لا يقول به من خص الشفعة للجار عند الاشتراك في الطريق أيضاً.

## المبحث التاسع عشر

### لا يجوز لعامل القراض التبرع من مال القراض

القراض: مأخوذ من القرض، وهو القطع<sup>(١)</sup>، ويسمى أيضاً مضاربة ومعاملة<sup>(٢)</sup>.

ومعناه اصطلاحاً: دفع مال معلوم لمن يتجر به بجزء معلوم مشاع من ربحه<sup>(٣)</sup>.

وعامل القراض هو الذي يقبض المال ليتجر فيه بعوض، وله أن يتصرف بمقتضى عقد المضاربة، فيبيع ويشترى، وغير ذلك مما يتبع البيع والشراء من مقتضيات العقد.

وهناك تصرفات لا يملكها عامل القراض بمقتضى العقد، ولا يجوز له الإقدام عليها إلا بإذن صريح من رب المال، ومنها: الاستدانة والتبرع ونحوهما، وعلى هذا أجمع أهل المدينة كما صرح الإمام مالك.

---

(١) لسان العرب (٧/٢١٦).

(٢) المضاربة: من الضرب في الأرض، وهو السفر للتجارة. لسان العرب (١/٥٤٤).

(٣) شرح فتح القدير (٧/٥٧)، الشرح الصغير (٣/٦٨٢)، مغني المحتاج (٢/٣٠٩ - ٣١٠)، الروض المربع (٢/٢٦٨).

### توثيق المسألة :

قال ابن القاسم : «قال مالك : وجه القراض المعروف الجائز بين الناس . . . . ولا ينبغي للعامل أن يهب منه شيئاً ولا يولي منه ، ولا يعطي منه أحداً ، ولا يكافئ فيه أحداً . . . ، وذلك الأمر المجتمع عليه عندنا ، وقال الليث مثله»<sup>(١)</sup>.

وفي الموطأ : «قال مالك : من كان معه مال القراض فلا يهب منه شيئاً ، ولا يعطي منه سائلاً ولا غيره ، ولا يكافئ فيه أحداً»<sup>(٢)</sup>.

قال الباجي : «وهذا كما قال ، فلا يجوز لعامل القراض أن يتعدى في التصرف إلى الهبة من مال القراض والتفضل على الناس ، واستثنى الشيء التافه ؛ كالقطعة من الثياب ، والكسرة من الخبز تعطى للسائل المتكفف»<sup>(٣)</sup>.

وقال الزرقاني : «ولا يكافئ فيه أحداً أسدى إليه معروفاً يختص به ، بخلاف ما لو كافأ في مال القراض على وجه النظر والتجارة»<sup>(٤)</sup>.

---

(١) المدونة الكبرى (٩٤ / ٥) .

(٢) الموطأ (ص ٤٨٧ - ٤٨٨) .

(٣) المنتقى (١٧٤ / ٥) .

(٤) شرح الموطأ (٣ / ٣٥٦ - ٣٥٧) ، وانظر كذلك أوجز المسالك

(١١ / ٤٤٨ - ٤٤٩) .

مذهب غير المالكية في حكم تبرع العامل من مال القراض :  
لم يختلف أهل العلم في منع عامل القراض من التبرع بمال  
القراض ، وذلك للأسباب التالية :

- ١- لأنه تبرع بمال الغير ، وهذا لا يجوز قطعاً<sup>(١)</sup> .
  - ٢- لأنهم اختلفوا في جواز نفقة عامل القراض على نفسه من  
مال القراض ، فكيف بالتبرع منه على الغير<sup>(٢)</sup> ؟
  - ٣- منع بعض أهل العلم جواز اشتراط عامل القراض التبرع من  
مال القراض ، فكيف بفعله من غير اشتراط<sup>(٣)</sup> ؟
  - ٤- منع أهل العلم أن يفعل عامل القراض بدون إذن ما هو أدنى  
من التبرع وفيه مصلحة لرب المال ، فكيف بالتبرع المحض<sup>(٤)</sup> ؟
- ومما تقدم ، ظهر بلا خفاء أن منع عامل القراض من التبرع من  
مال القراض مما أجمع أهل العلم كافة على منعه ، لا يختلفون فيه ،  
وإنما اختلفوا فيما كان غير ذي بال ، كالكرسة تعطى للفقير ونحوها ،  
والأمر في ذلك هين .

---

(١) بدائع الصنائع (٨/ ٣٦١٧) .

(٢) بداية المجتهد (٢/ ٢٤٠-٢٤١) ، الإفصاح (٢/ ٧) ، فتح العزيز  
(١٢/ ٥٣) .

(٣) أوجز المسالك (١١/ ٤٤٧) .

(٤) الإشراف على مذاهب العلماء (١/ ١١٢) ، المغني (٥/ ٦٥) .

وفيما يلي ذكر النصوص التي تدل على منع تبرع عامل القراض  
من مال القراض عند الحنفية والشافعية والحنابلة .

جاء في الهداية : «وليس لعامل القراض أن يقرض أو يهب أو  
يتصدق ؛ لأنه تبرع محض»<sup>(١)</sup> .

وفي بدائع الصنائع : «وليس له أن يقرض مال المضاربة ؛  
لأن القرض تبرع ، ومال الغير لا يحتمل التبرع ، وكذلك الهبة  
والصدقة ؛ لأن كل واحدٍ منهما تبرع»<sup>(٢)</sup> ، وفي البناية نحوه<sup>(٣)</sup> .

وفي فتح العزيز : «ولا يجوز للعامل أن ينفق في الحضر من مال  
القراض على نفسه ، أو يواسي منه بشيء»<sup>(٤)</sup> ، وفي مغني المحتاج :  
«ولا يتصدق من مال القراض ولو بكسرة ؛ لأن العقد لم يتناوله»<sup>(٥)</sup> .

وفي المغني : «إذا تعدى المضارب ، وفعل ما ليس له فعله ، أو  
اشترى شيئاً نهى عن شرائه ، فهو ضامن للمال في قول أكثر أهل  
العلم»<sup>(٦)</sup> .

---

(١) الهداية (٣/٢١١) .

(٢) بدائع الصنائع (٨/٣٦١٧) .

(٣) البناية (٧/٧٠٨) .

(٤) فتح العزيز (١٢/٥٣) .

(٥) مغني المحتاج (٢/٣١٧) .

(٦) المغني (٥/٦٥) .

وفي حاشية الروض المربع: «وليس لعامل القراض أن يقرض،  
ولا يتبرع، ولا يزوج رقيقاً ولا يعتقه بمال، إلا بإذن صريح»<sup>(١)</sup>.

---

(١) حاشية الروض لعبد الله بن عبد العزيز العنقري (٢/ ٢٧١).

## المبحث العشرون

### قيام ورثة عامل القراض مقامه بعد موته

أجمع أهل العلم على أن عقد القراض غير لازم، وأن لكل واحد من المتعاقدين فسخه ما لم يشرع العامل في القراض، ولذلك لم يختلفوا في أن مال القراض قبل الشروع بالعمل فيه لصاحبه، أما بعد الشروع بالعمل في القراض وكان فيه ربح، ثم مات عامل القراض، فقد اختلف العلماء فيمن يقوم مقامه<sup>(١)</sup>؛ أما الإمام مالك رحمه الله فمذهبه أن ورثة العامل إن كانوا أمناء قاموا مقام مورثهم في المال وتقاضيه، حتى ينض عيناً على مثل قراض مورثهم، وإن لم يكونوا أمناء جاز لهم أن يأتوا بأمين، وعلى هذا أجمع أهل المدينة.

#### توثيق المسألة:

جاء في الموطأ: «قال مالك: الأمر للمجتمع عليه عندنا في رجل دفع إلى رجل مالا قراضاً فاشترى به سلعة، ثم باع السلعة بدين فربح في المال، ثم هلك الذي أخذ المال قبل أن يقبض المال، قال: إن أراد ورثته أن يقبضوا ذلك المال وهم على شرط أبيهم من الربح، فذلك لهم إن كانوا أمناء على ذلك المال، وإن كرهوا أن يقتضوه ولا شيء عليهم ولا شيء لهم إذا أسلموه إلى رب المال، فإن اقتضوه فلهم فيه من الشرط والنفقة مثل ما كان لأبيهم في ذلك، هم فيه

---

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٢/ ٢٤٠).

بمنزلة أبيهم، فإن لم يكونوا أمناء على ذلك، لهم أن يأتوا بأمين ثقة، فيقتضي ذلك المال، فإذا اقتضى جميع المال، وجميع الربح، كانوا في ذلك بمنزلة أبيهم»<sup>(١)</sup>.

وملخص قول مالك: أن عامل القراض إذا توفي بعد الشروع، فليس لرب المال أن ينتزعه من ورثته؛ لأن ذلك حق لهم في المال انتقل إليهم، وإن امتنع الورثة من الاستمرار في عمل مورثهم، أو لم يكونوا أمناء ولم يأتوا بأمين، سلموه إلى ربه ولا ربح لهم<sup>(٢)</sup>.

مذهب غير المالكية فيمن يتولى القراض بعد موت العامل:

قال أبو حنيفة وأصحابه، والشافعي وأصحابه، وأحمد وأصحابه، وابن حزم: إذا مات عامل القراض انفسخ عقد القراض بموته، وليس هو بعقد يورث، ولرب المال وورثة عامل القراض أن يتراضوا على ابتداء العقد من جديد، ولا يجوز تقرير وارثه عند الشافعية إذا كان مال القراض عرضاً، فإن كان نقداً ففيه وجهان، وقال الحنابلة: إذا كان المال عرضاً لا يجوز ابتداء القراض مع الوارث إلا على الوجه الذي يجوز فيه ابتداء القراض على العروض، بأن

---

(١) الموطأ (ص ٤٨٨).

(٢) الكافي (٢/ ٧٧٥)، المنتقى (٥/ ١٧٥)، بداية المجتهد (٢/ ٢٤٠)، الزرقاني (٣/ ٣٥٧)، التاج والإكليل بحاشية الخطاب (٥/ ٣٦٩-٣٧٠)، الشرح الصغير (٣/ ٧٠٩).



تقومّ العروض ويجعل رأس المال قيمتها يوم العقد<sup>(١)</sup>.

وعليه فإنّ الخلاف يدور بين مالك وأصحابه القائلين بتوريث حقّ العمل في القراض، والجمهور القائل ببطلان عقد القراض بموت العامل.

وفيما يلي عرض أدلة القولين:

أدلة المالكية:

استدل المالكية بما يلي:

أولاً - إجماع أهل المدينة كما تقدم<sup>(٢)</sup>.

ثانياً - من المعقول لهم ما يلي:

١ - العمل في القراض حقّ للورثة في المال، فلزم انتقاله إليهم، كانتقال الحق في خيار العيب وما شابهه<sup>(٣)</sup>.

٢ - القراض عقد لازم بعد الشروع؛ لما في بقاء الجواز من الضرر، وعليه فهو من العقود الموروثة<sup>(٤)</sup>.

---

(١) الحجة (٣/ ٢٥ - ٢٧)، المحلى (٩/ ١٢٠)، بداية المجتهد (٢/ ٢٤٠)،  
البنية (٧/ ٦٩٣ - ٦٩٤)، فتح العزيز (١٢/ ٧١، ٨٠ - ٨٥)، مغني المحتاج  
(٢/ ٢١٩ - ٢٢٠)، تكملة المجموع (١٤/ ٣٨٥، ٣٨٩، ٣٩١)، المغني  
(٥/ ١٨١ - ١٨٢)، الإنصاف (٥/ ٤٥١).

(٢) الموطأ (ص ٤٨٨).

(٣) المنتقى (٥/ ١٧٥).

(٤) بداية المجتهد (٢/ ٢٤٠).

أدلة الجمهور على انفساخ عقد القراض بموت العامل :

استدل الجمهور بما يلي :

١ - المضاربة كالوكالة ، ولما بطلت الوكالة بموت الوكيل ، فكذلك المضاربة تبطل بموت العامل قياساً<sup>(١)</sup> .

٢ - عقد القراض عقد جائز ، فلا يكون موروثاً<sup>(٢)</sup> .

وتعقّب قياسهم المضاربة على الوكالة ، بأنهما يفترقان في مسائل كثيرة ، وأجيب : بأن العبرة في كون المال أمانة في أيديهم ، فكان حكمهما واحداً من هذا الوجه<sup>(٣)</sup> .

كما ردّ محمد بن الحسن الشيباني على قول مالك بتحوّل حصّة الورثة من الرّبح إلى صاحب المال إذا لم يستمرّوا في العمل ولم يأتوا بأمين بقوله : «كيف يتأتى هذا؟ وقد وجب الرّبح لأبيهم قبل موته ، وصار لهم ميراثاً بعد موته ، وليس ما تركوه بهبة وهبوها ، أو إجارة استأجروها ، بل هو حقّ ثابت لهم ، لا يبطله إن اقتضاه صاحب المال أو غيره»<sup>(٤)</sup> .

---

(١) بدائع الصنائع (٨/ ٣٦٦٢ - ٣٦٦٤) ، البناء (٧/ ٦٩٤) .

(٢) بداية المجتهد (٢/ ٢٤٠) .

(٣) البناء (٧/ ٦٩٤) .

(٤) الحجّة (٣/ ٢٧ - ٢٨) .

الترجيح :

قول الجمهور ببطلان عقد القراض بموت عامله أقوى من جهة  
النظر ، ولو كان إجماع أهل المدينة قديماً لكان أرجح ؛ لأنه لم يقابل  
بخبر ولا أثر .

## المبحث الحادي والعشرون

### مساقاة الشجر ومعه أرض بيضاء

المساقاة: مأخوذة من سقي الثمرة؛ لأن السقي أهم ما يحتاج إليه الشجر، وبخاصة في الحجاز؛ لقلة الأمطار.

وفي الاصطلاح: هي أن يتعاقد رجل مع آخر على تعهد شجر ونحوه بالسقي والتنقية والتقليم وغير ذلك مقابل جزء من غلته<sup>(١)</sup>.

وقد اختلف أهل العلم في مساقاة النخل مع أرض بيضاء بجزء من النخل، أو بجزء منه ومما يخرج من البياض، فذهب إلى جواز ذلك طائفة، ومنعت منه أخرى، وذهب الإمام مالك إلى التفصيل، فقيد الجواز بما إذا كانت الأرض تبعاً للثمر والثمر أكثر، بحيث لا يزيد قدر كراء البياض على ثلث الثمر، ومنعها فيما زاد على الثلث، وعمدته في ذلك عمل أهل المدينة.

#### توثيق المسألة:

قال مالك: «في الرجل يساقي الرجل الأرض فيها النخل والكرم، أو ما أشبه ذلك من الأصول، فيكون فيها الأرض البيضاء، قال: إذا كان البياض تبعاً للأصل، وكان الأصل أعظم ذلك أو

---

(١) الشرح الصغير (٣/٧١٢)، مغني المحتاج (٢/٣٢٢)، الروض المربع (٢/٢٨٠).

أكثره، فلا بأس بمساقاته، وذلك أن تكون النخل الثلثين أو أكثر، ويكون البياض الثلث أو أقل من ذلك، وذلك أن البياض حينئذ تبع للأصل . . . . ، والأمر في ذلك عندنا الذي عمل به الناس وأجازوه بينهم»<sup>(١)</sup>.

وفي المدونة: «قال ابن وهب: قال مالك: إن من أمر الناس أنهم يساقون الأصل وفيه البياض تبعاً، ويكرون الأرض البيضاء وفيها الشيء من الأصل، فأخبر مالك أنه قد مضى من عمل الناس، وأنه الذي من أمرهم، والعمل أقوى من الأخبار»<sup>(٢)</sup>، وهذا تصريح بالاعتماد على عمل أهل المدينة في هذه المسألة.

وخلاصة مذهب مالك وأصحابه، صحة إدخال البياض الكائن مع الشجر في حكم مساقاة الشجر، متى كان البياض تبعاً للشجر، ويكون كذلك إذا لم يزد عن الثلث من الجملة والشجر ثلثيها، فحينئذ يكون البياض تبعاً للنخل، فإن كان البياض أكثر من الثلث، لم يجز ذلك فيه قولاً واحداً، إلا أن قول مالك اختلف في الثلث، فمرة جعله في حيز اليسير الذي يكون تبعاً، ومرة جعله أول الكثير، فلا يكون تبعاً، أما ما قصر عن الثلث فهو في جملة اليسير بلا خلاف<sup>(٣)</sup>.

---

(١) الموطأ (ص ٤٩٩).

(٢) المدونة (٤/٥٠٧).

(٣) المدونة (٥/١٣٦ - ١٣٧)، بداية المجتهد (٢/٢٤٦)، الأبي (٤/٢٢٤)،

الخطاب (٥/٣٧٨، ٣٧٩، ٣٨٠)

مذهب غير المالكية في مساقاة البياض تبعاً للشجر :

ذهب الإمام أحمد وأصحابه، وابن أبي ليلى، وأبو يوسف،  
ومحمد من الحنفية، وابن خزيمة، وابن شريح، والليث، والثوري،  
وسائر الكوفيين، وفقهاء المحدثين إلى جواز مساقاة البياض مع الشجر؛  
سواء قل البياض أم كثر، أمكن انفراده أو تعذر؛ لأن المساقاة  
والمزارة<sup>(١)</sup> جائزة عندهم على الإطلاق، سواء كانتا مجتمعتين، أو  
كانت كل واحدة منهما منفردة، وأجاز الشافعي المساقاة في النخل  
خاصة، ورخص في المزارة في البياض المتخلل بين النخل إذا تعذر  
إفراده بالسقي تبعاً لمساقاة النخل، واختلف أصحابه فيما لو كثر البياض  
المتخلل، فقليل بمنع المزارة فيه، لكن الأصح عندهم الجواز.

أما أبو حنيفة وزفر فلا يجوز عندهما المساقاة، لا في النخل ولا  
في غيره، كما لا تجوز المزارة عندهما أيضاً، لا تبعاً ولا استقلالاً<sup>(٢)</sup>.

---

(١) المراد بالمزارة هنا: كراء الأرض بما يخرج منها من الزرع كالثلث

والربع.

(٢) المغني (٥/٥٨٨-٥٨٩)، الإنصاف (٥/٤٨١)، الأم (٤/١١)،

التمهيد (٦/٤٧٥)، بداية المجتهد (٢/٢٤٦)، النووي على مسلم

(١٠/٢١٠)، فتح العزيز (١٢/١٠٩، ١١٤، ١١٥، ١١٦)، مغني المحتاج

(٢/٣٢٤-٣٢٥)، بدائع الصنائع (٨/٣٨٠٨)، البناية (٨/٧٤١-٧٤٢)،

تكملة المجموع (١٤/٤١٦، ٤١٧، ٤٢٠، ٤٢١).

ومما تقدم، يتبين لنا أن محل النزاع في المسألة هو بين أبي حنيفة ومن وافقه من جهة؛ لعدم مشروعية المزارعة عندهم مطلقاً، لا تبعاً ولا استقلالاً، والجمهور القائل بمشروعية المزارعة تبعاً للمساقاة، وإن اختلفوا في مشروعيتها على الإطلاق، لأن القائل بمشروعية المزارعة استقلالاً فمشروعيتها عنده تبعاً من باب أولى.

وفيما يلي عرض أدلة القائلين بعدم مشروعية المزارعة مطلقاً، ثم نتبعها بأدلة القائلين بمشروعيتها تبعاً، وهم الجمهور.

#### أدلة المنع من المزارعة تبعاً:

القول بعدم مشروعية كراء الأرض بما يخرج منها منفردة ليس خاصاً بأبي حنيفة، وإنما هو قول مالك والشافعي، وعليه فإن ما يحتاج به أبو حنيفة من العمومات الدالة على ذلك، هو عين ما استدل به مالك والشافعي في بابه، غير أن مالك والشافعي وغيرهما يرون أن تلك العمومات مخصوصة بالخبر الصحيح، كما ثبت من فعله ﷺ مع أهل خيبر، وفيما يلي عرض تلك العمومات:

أولاً: ما ثبت عن النبي ﷺ من النهي «عن المخابرة»<sup>(١)</sup>، والمخابرة عند الجمهور: هي المعاملة على الأرض ببعض ما يخرج

---

(١) صحيح البخاري، ما جاء في الحرث والمزارعة - باب حدثنا علي بن عبد الله... (٣/١٣٨)، صحيح مسلم، كتاب البيوع - باب النهي عن المحاقلة... (٣/١١٧٤-١١٧٥).

منها من الزرع ، كالثلث والربع وغير ذلك من الأجزاء المعلومة ، على أن يكون البذر من العامل ، بخلاف المزارعة ، فإن البذر فيها يكون من مالك الأرض<sup>(١)</sup> .

ثانياً : ما جاء من النهي عن كراء الأرض بما يخرج منها ، كما في حديث رافع بن خديج<sup>(٢)</sup> ، والنهي في الحديثين عام يقتضي المنع من المساقاة والمزارعة جميعاً ، سواء كانتا مجتمعتين أو منفردتين ، قلّ الجزء المتعامل فيه أو كثر ، تابعاً أو مستقلاً<sup>(٣)</sup> .

ثالثاً : إن الاستئجار ببعض الخارج من النصف والثلث والربع ونحوه استئجار ببذل مجهول ، وهذا لا يجوز كما في الإجارة<sup>(٤)</sup> .

### ما يرد على هذه الأدلة :

لم يعتد المجيزون للمزارعة بلا قيد بهذا الاستدلال ؛ لأن المخابرة عندهم محمولة على تعيين قطعة معينة من الأرض لكل واحد<sup>(٥)</sup> ،

---

(١) النووي على مسلم (١٠/١٩٣ - ١٩٤) .

(٢) صحيح البخاري - باب ما يكره من الشروط في المزارعة (٣/١٣٨) ، صحيح مسلم ، كتاب البيوع - باب كراء الأرض بالطعام (٣/١١٨١ - ١١٨٢) ، وفي باب كراء الأرض بالذهب والورق (٣/١١٨٣) ، وفي باب الأرض تمنع (٣/١١٤٨ - ١١٨٥) .

(٣) بدائع الصنائع (٨/٣٨٠٨) ، النووي على مسلم (١٠/١٩٦ - ١٩٧) .

(٤) بدائع الصنائع (٨/٣٨٠٨) .

(٥) النووي على مسلم (١٠/٢١٠ - ٢١١) .



وقد قال ابن عباس أن النبي ﷺ لم ينه عنها، وإنما قال: «يمنح أحدكم أخاه، خير له من أن يأخذ عليها خرجاً معلوماً» (١).

وأما أحاديث رافع بن خديج فهي مضطربة الألفاظ، وتحمل على اشتراط تعيين قطعة من الأرض لكل واحد (٢).

وفوق ذلك، فهذه العمومات معارضة بما صحّ صريحاً من حديث خبير.

وأما قياسهم المزارعة على الإجارة، فهو قياس مع الفارق؛ لأن المزارعة أشبه بالقراض في كل شيء، وهو جائز بالإجماع، فقياسها عليه أصحّ وأولى (٣)، وعليه فإن هذه الأدلة غير قوية في مواجهة المجيز للمزارعة بإطلاق، فكيف يسوغ الاستدلال بها في مواجهة الموافق في الجملة؟ وإنما يستثنى من العموم السابق ما قام الدليل على تخصيصه، كما سيأتي:

أدلة جواز المزارعة تبعاً:

استدل المجيز للمزارعة بإطلاق والمقيّد لها بحالة التبع، بما رواه

---

(١) صحيح البخاري (٣/١٣٨)، صحيح مسلم، يوع- باب الأرض تمنح (٣/١١٨٤).

(٢) النووي على مسلم (١٠/١٩٦ - ١٩٩)، بداية المجتهد (٢/٢٤٦-٢٤٧).

(٣) النووي على مسلم (١٠/٢١٠).

ابن عمر رضي الله عنهما قال: «إن النبي ﷺ عامل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر وزرع»<sup>(١)</sup>.

وله ألفاظ متعددة منها: «لما افتتحت خيبر سألت يهود النبي ﷺ أن يقرهم فيها، على أن يعملوا على نصف ما يخرج منها من الثمر والزرع، فقال رسول الله ﷺ: نقركم فيها على ذلك ما شئنا»، وفي لفظ آخر: «إن رسول الله ﷺ لما ظهر على خيبر أراد إخراج اليهود منها، فسألت اليهود رسول الله ﷺ أن يقرهم بها على أن يكفوه عملها، ولهم نصف الثمر، فقال عليه الصلاة والسلام: نقركم بها على ذلك ما شئنا»<sup>(٢)</sup>، والحديث بمختلف ألفاظه يدل على جواز دفع الشجر مساقاة والأرض مزارعة؛ لأن أدنى درجات فعله عليه الصلاة والسلام الجواز، وبه استدلل القائلون بالجواز مطلقاً<sup>(٣)</sup>، كما استدلل به القائلون بالجواز تبعاً لا استقلالاً، فقال مالك: كان بياض خيبر

---

(١) صحيح البخاري، ما جاء في الحرث والمزارعة- باب المزارعة بالشطر (١٣٧/٣)، صحيح مسلم، كتاب المساقاة- باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر... (١١٨٦/٣).

(٢) صحيح البخاري، ما جاء في الحرث والزراعة- باب إذا قال رب الأرض: أقرك ما أقرك الله (١٤٠-١٤١/٣)، صحيح مسلم، كتاب المساقاة- باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع (١١٨٦/٣ - ١١٨٨).

(٣) النووي على مسلم (٢١٠/١٠)، فتح الباري (١٣/٥ - ١٤)، المغني (٥٨٨/٥).

يسيراً بين أضعاف سوادها، فقصر الرخصة على ما كان تابعاً يسيراً،  
وبه احتج الشافعي أيضاً على إباحة دفع اليباض مزارعة تبعاً للنخل  
المدفوع مساقاة؛ لأن بياض خيبر كان تابعاً لنخلها لا ينفك عنه ولا  
يستقل بالسقي<sup>(١)</sup>.

وبالجواز مطلقاً قال علي بن أبي طالب، وعبد الله بن مسعود،  
وعمار بن ياسر رضي الله عنهم، وتبعهم سعيد بن المسيب، ومحمد  
ابن سيرين، وعمر بن عبد العزيز، والزهري ومن بعدهم، حتى  
صارت شريعة متوارثة خلفاً عن سلف من غير إنكار، والمسلمون في  
جميع الأمصار مستمرّون على العمل بالمزارعة<sup>(٢)</sup>.

وعليه فإن الجواز بالتبع لا شك فيه عند الجميع؛ لأن القائل  
بجواز المزارعة مطلقاً قائل بها تبعاً ضرورة.

ما يرد على الاستدلال بحديث خيبر:

قال أبو حنيفة: حديث الباب لا يدل على جواز المساقاة  
والمزارعة؛ لأن معاملة النبي ﷺ أهل خيبر لم تكن على وجه المزارعة  
والمساقاة، وإنما كانت بطريق الخراج على وجه المنّ عليهم والصلح،

---

(١) المدونة (٥٠٧/٤)، التمهيد (٤٧٤/٦)، النووي على مسلم  
(٢١٠/١٠)، الزرقاني (٣٦٦/٣)، الأبي (٢٢٤/٤).

(٢) صحيح البخاري (١٣٧/٣)، النووي على مسلم (٢١٠/١٠)، بدائع  
الصنائع (٣٨٠٨/٨)، نيل الأوطار (٩/٦ - ١٠).

فتركها في أيديهم بشرط ما يخرج منها، فكان ذلك خراج مقاسمة، وهو جائز كخراج التوظيف ولانزاع فيه، أو يكون ما شرطه عليهم من نصف الثمر والزرع على وجه الجزية، إذ لم يرو في شيء من الأخبار أن النبي ﷺ أخذ منهم جزية إلى أن مات، ولا أبا بكر ولا عمر رضي الله عنهما إلى أن أجلاهم، ولو لم يكن ذلك لأخذ منهم الجزية.

وتعقب بأن القول: إن معاملة أهل خيبر كانت على وجه خراج المقاسمة لا يفهم منه إلا المساقاة والمزارعة؛ سواء كان ذلك تفضلاً أو توظيفاً، أما ما زعموه من أن أخذ الشطر منهم كان بحق الجزية فبعيد؛ لأن معظم خيبر كما هو معلوم فتح عنوة، وكثير منها قسم على الغانمين، وحسبك في ذلك أن عمر رضي الله عنه قد أجلاهم عنها<sup>(١)</sup>.

#### الترجيح:

بعد عرض الأدلة ومناقشتها، لا يخفى على من تأملها ظهور القول بجواز مزارعة البياض تبعاً لمساقاة الشجر، وأما تحديد مالك القدر الجائز مزارعته تبعاً بالثلث فغير قوي، وقد اختلف قوله فيه.

---

(١) عمدة القارئ (١٢/١٦٨)، فتح الباري (٥/١٣-١٤).

## المبحث الثاني والعشرون

### رجوع العمرى إلى الذي أعمارها

العمرى: مشتقة من العمر، وهي في اللغة: ما تجعله للرجل طول  
عمره أو عمره<sup>(١)</sup>، يقال: أعمارته أرضاً أو داراً، أي: جعلتها له مدة  
عمره<sup>(٢)</sup>.

أما معناها شرعاً: فقد اختلف فيه، وعند الإمام مالك هي: «هبة  
منافع الملك عمر الموهوب له، أو مدة عمره وعمر عقبه»؛ لأن الأعمار  
تتناول هبة المنافع لا هبة الرقبة<sup>(٣)</sup>.

#### توثيق المسألة:

جاء في الموطأ: «عن عبد الرحمن بن القاسم أنه سمع مكحولاً  
الدمشقي<sup>(٤)</sup> يسأل القاسم بن محمد عن العمرى وما يقول الناس فيها؟

(١) لسان العرب (٤/٦٠٣).

(٢) فتح الباري (٥/٢٣٨)، الزرقاني (٤/٤٨)، الأبي (٤/٣٣٣).

(٣) المتقى (٦/١١٩)، أحكام القرآن (٩/٥٧)، الإشراف (٢/٨٢)،

الكافي (٢/١٠٢١)، الزرقاني (٤/٤٨)، الخطاب (٦/٦١).

(٤) هو أبو عبد الله مكحول الدمشقي مفتي أهل دمشق وعالمهم، وثقة غير  
واحد، وقال ابن سعد: «ضعفه جماعة»، ويروي بالإرسال عن أبيّ وعبادة بن  
الصامت وعائشة رضي الله عنهم، وعنه الأوزاعي وسعيد بن عبد العزيز وعدة،  
توفي سنة (١١٣هـ). الميزان (٤/١٧٧ - ١٧٨)، تهذيب التهذيب (١٠/٢٨٩ -  
٢٩٣)، الشذرات (١/١٤٦).

فقال القاسم بن محمد: ما أدركت الناس إلا وهم على شروطهم في أموالهم وفيما أعطوا، قال مالك: وعلى ذلك الأمر عندنا، أن العمرى ترجع إلى الذي أعرها، إذا لم يقل هي لك ولعقبك»<sup>(١)</sup>.

وقد صرح علماء المالكية، بأن المراد من قول مالك: «الأمر عندنا» في هذه المسألة، عمل أهل المدينة المتصل، جاء في التمهيد- بعد ذكر حديث جابر الذي عورض به قول مالك في العمرى-: «قال أصحاب مالك: هو حديث منسوخ، ولم يصحبه عمل؛ لأن مالكا قال: ليس عليه العمل، ووددت أنه محي»<sup>(٢)</sup>، وقال الباجي- في توجيه قول مالك «الأمر عندنا»-: «يريد أن الحكم جار عندهم، يريد علماء المدينة»<sup>(٣)</sup>.

وقال الزرقاني: «هو العمل عندهم بدار الهجرة»<sup>(٤)</sup>، وقال ابن رشد: «سبب الخلاف في هذا الباب، معارضة العمل للأثر»<sup>(٥)</sup>.

وقد عاتب عبدالله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم أخاه محمداً، وكان قاضياً قائلاً له: «مالك لا تقضي بالحديث الذي جاء عن رسول الله ﷺ في العمرى، فقال له محمد: يا أخي! لم أجد

---

(١) الموطأ (ص ٥٣٦).

(٢) التمهيد (١١٥/٧).

(٣) المتقى (١٣٣/٦).

(٤) شرح الموطأ (٤٩/٤).

(٥) بداية المجتهد (٣٣١/٢).

الناس على هذا، وأباه الناس»<sup>(١)</sup>.

وظاهر قول مالك المتقدم، أن العمر إذا لم يذكر العقب فهي تمليك منفعة مدة حياته فقط، وإن ذكر العقب ملكها أبداً، ولا ترجع إليه بحال، وهي رواية عن مالك<sup>(٢)</sup>، لكن المشهور والمعروف عنه وعن أصحابه وأهل مذهبه، أن العمرى تعود إلى الذي أعمارها؛ سواء قال: هي لك ولعقبك أم لم يقل، إلا أنه إذا لم يقل هي لك ولعقبك ترجع إلى صاحبها بعد انقراض عقب العمر، لأن العمر على شرطه في عقب العمر، كما هو على شرطه في العمر، ولا يملك العمر ولا عقبه رقبة الشيء، وإنما ملكيته لصاحبه، يرجع إليه إن كان حياً، أو لورثته بعده؛ لأنه لا يملك بلفظ العمرى والإعمار عند مالك رقبة شيء من العطايا.

وقد تأول أكثر أصحاب مالك ظاهر قوله في الموطأ: «العمرى ترجع إلى الذي أعمارها إذا لم يقل: هي لك ولعقبك»، بأنه إذا قال: لك ولعقبك لم ترجع إلا بعد انقراض العقب، وهو المشهور والمذهب عند المالكية<sup>(٣)</sup>.

---

(١) التمهيد (٧/١١٥).

(٢) القرطبي (٩/٥٧)، الأبي (٤/٣٣٣ - ٣٣٥).

(٣) الإشراف (٢/٨٢)، التمهيد (٧/١١٤)، المتقى (٦/١٣٣)، الكافي

(٢/١٠٢١ - ١٠٢٢)، القرطبي (٩/٥٧)، الأبي (٤/٣٣٣ - ٣٣٥)، بداية

المجتهد (٢/٣٣١)، الزرقاني (٤/٤٨ - ٤٩)، الخطاب (٦/٦١).

مذهب غير المالكية في حكم رجوع العمرى لمن أعمرها :

وافق القاسم بن محمد، ويحيى بن سعيد الأنصاري<sup>(١)</sup>،  
وزيد بن قسيط<sup>(٢)</sup>، والليث بن سعد مشهور مذهب مالك، في أن  
العمرى تمليك لمنافع الرقبة حياة العمر ومدة عمره، فإن ذكر فيها  
العقب رجعت بعد انقراضهم<sup>(٣)</sup>.

وزهد الجمهور من السلف والخلف إلى عكس مشهور مذهب  
الإمام مالك، فقالوا: العمرى تمليك للرقبة وهبة مبتوتة، يملكها  
المعمر ملكاً تاماً مدة حياته، وبعد وفاته تنتقل إلى ورثته، فإن انقرض  
عقب المعمر فلبيت المال، ولا ترجع إلى المعمر بحال، سواء قيدها

---

(١) هو أبو سعيد يحيى بن سعيد بن قيس الأنصاري الإمام العلامة الموجود  
القاضي، عالم المدينة في زمانه تلميذ الفقهاء السبعة، سمع من أنس والسائب  
وعلي بن الحسين وغيرهم، ولد قبل سنة (٧٠هـ)، وكان ثقة مشهوراً من  
الخامسة، توفي سنة (١٤٤هـ) أو بعده. السير (٥/٤٦٨ - ٤٨٢)، تهذيب  
التهذيب (١١/٢٢١)، التقريب (٢/٣٤٨).

(٢) هو أبو عبد الله يزيد بن عبد الله بن قسيط الليثي المدني الأعرج، روى  
عن أبي هريرة وابن عمر وغيرهم، وعنه حميد بن زياد وابن إسحاق ومالك  
وجماعة، وهو ثقة توفي سنة (١٢٢هـ). انظر الجرح والتعديل (٩/٢٧٢)،  
السير (٥/٢٦٦)، تهذيب التهذيب (١١/٣٤٢).

(٣) المحلى (١٠/١٥٦)، القرطبي (٩/٥٧)، المغني (٦/٣٠٤)، مغني  
المحتاج (٢/٣٩٨).



بعمر الآخذ، كأمرت لك هذه الدار، أو قيدها بعمره وعمر عقبه، كقوله: هذه الدار عمرى لك ولعقبك، وبهذا قال جابر بن عبد الله، وابن عمر، وابن عباس، وعلي رضي الله عنهم، وهو المروي عن شريح، ومجاهد، وطاوس، والثوري، والحسن بن صالح، وأبو عبيد، وابن شبرمة، وهو مذهب الأئمة الثلاثة أبي حنيفة وأصحابه، وأحمد وأصحابه، والشافعي في قوله الجديد، وإليه مال ابن حزم<sup>(١)</sup>.

واختارت طائفة ثالثة التفصيل، فقالوا: العمرى هبة صحيحة لا تعود إذا أعمارها له ولعقبه، فإن لم يقل له ولعقبه فهي راجعة إلى المعمر أو إلى ورثته بعد موته، ومن روي عنه هذا القول جابر بن عبد الله رضي الله عنه، وهي إحدى الروايتين عنه، وعروة بن الزبير، وابن أبي ذئب، وأبوسلمة بن عبد الرحمن، وهو أحد قولي الزهري، ويزيد بن قسيط، وبه قال أبو ثور، وداود بن علي، وروي عن مالك مثله<sup>(٢)</sup>.

---

(١) الأم (٦٣/٤)، المحلى (١٥٤/١٠)، التمهيد (١١٦/٧)، المنتقى (١١٩-١٢٠)، بداية المجتهد (٣٣١/٢)، النووي على مسلم (٧١/١١)، عمدة القارئ (١٧٨/١٣)، بدائع الصنائع (٣٦٧٢/٨)، البناية (٨٦٠/٧)، اللباب (٥٦١/٢)، فتح الباري (٢٣٨-٢٣٩)، مغني المحتاج (٣٩٨/٢)، تكملة المجموع (٣٩١-٣٩٢)، المغني (٣٠٢-٣٠٨)، الإنصاف (١٣٤-١٣٥)، الزرقاني (٤٨/٤-٤٩).

(٢) التمهيد (١٢٢/٧)، المحلى (١٥٦/١٠)، القرطبي (٥٧/٩)، بداية المجتهد (٣٣١/٢)، المغني (٣٠٤/٦)، الأبي (٣٣٤/٤).

والخلاصة أن الخلاف في المسألة قد تفرع إلى ثلاثة مذاهب :

- أولها : مذهب أهل المدينة القائل بأن العمرى تمليك للمنفعة وترجع إلى معمرها أو إلى ورثته ؛ ذكر العقب فيها أو لم يذكر .

- ثانيها : مذهب الجمهور الذي مقتضاه أنها هبة مبتوتة لا ترجع إلى المعمر أبداً ؛ سواء أطلقها أم قيدها .

- ثالثها : مذهب التفصيل ، ويرى أنها إذا أطلقت رجعت ، وإن قيدت بالعقب لم ترجع .

وفيما يلي عرض أدلة هذه المذاهب ومناقشتها :

أدلة المالكية في إثبات رجوع العمرى لمن أعمرها :

أولاً : عمل أهل المدينة المتصل<sup>(١)</sup> .

ثانياً : قوله عليه الصلاة والسلام : «المسلمون على شروطهم . . .» ، وفي رواية أخرى : «المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً» ، وروي «المؤمنون عند شروطهم»<sup>(٣)</sup> ، وهذا الحديث وغيره من النصوص تؤكد هذا الأصل ، فلا يجوز خلافه<sup>(٣)</sup> ، فإن المعمر لم ينو بلفظه إخراج شيء عن ملكه ، وقد

---

(١) الموطأ (ص ٥٣٦) ، التمهيد (١١٥ / ٧) ، المنتقى (١٣٣ / ٦) ، الزرقاني

(٤ / ٤٩) ، بداية المجتهد (٢ / ٣٣١) .

(٢) تقدم تخريجه في مسألة خيار المجلس .

(٣) الأبي (٤ / ٣٣٤) .

اشترط فيه شرطاً، فهو على شرطه بدلالة الحديث، قال ابن عبد البر: «هذا أحسن ما احتجوا به»<sup>(١)</sup>، وقال القاسم بن محمد: «ما أدركت الناس إلا وهم على شروطهم في أموالهم، وفيما أعطوا»<sup>(٢)</sup>.

ثالثاً: أن عبد الله بن عمر ورث من حفصة بنت عمر دارها، وكانت حفصة قد أسكنت بنت زيد بن الخطاب ما عاشت، فلما توفيت بنت زيد قبض عبد الله بن عمر المسكن، ورأى أنه له<sup>(٣)</sup>، ولا فرق بين السكنى والعمرى، فدل على أن ابن عمر يرى انقطاع حكم العمرى بموت المعمر، وأنها لا تخرج عن ملك الذي أعمارها، ولذلك لم يمنع إعمار حفصة للدار من تملكها بالميراث<sup>(٤)</sup>.

ما يرد على هذا الاستدلال:

أورد المخالفون على استدلال المالكية ما يلي:

قالوا: إن الاستدلال بعمل أهل المدينة دعوى غير صحيحة؛ لأن الاختلاف في المسألة واقع في المدينة وغيرها<sup>(٥)</sup>،

---

(١) التمهيد (٧/ ١١٥).

(٢) الموطأ (ص ٥٣٦).

(٣) المرجع السابق.

(٤) المنتقى (٦/ ١٣٤).

(٥) المغني (٦/ ٣٠٦)، البناية (٧/ ٨٦٠).

وقال ابن عبد البر: «... لا يصح لأحد أن يدعي العمل في هذه المسألة بالمدينة، لأن الخلاف فيها في المدينة قديماً وحديثاً أشهر من أن يحتاج إلى ذكره»<sup>(١)</sup>.

وحديث «المسلمون عند شروطهم» متكلم فيه، ولو صح ما جاز لهم الاحتجاج به على إباحة الشروط التي أبطلها الله ورسوله؛ لأن في إنفاذها تحليل الحرام، وقد قال ﷺ في نفس الحديث: «إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً»، وقال في حديث آخر: «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل»<sup>(٢)</sup>، فبان أن الشرط المقصود في الحديث هو الذي أباح الكتاب اشتراطه، وجاءت به السنة، وأجمع عليه المسلمون، وما نهى عنه الكتاب، ونهت عنه السنة، فهو غير داخل في ذلك، ثم إن المستدلين بهذا الحديث كثيراً ما يبطلون شروط الناس، فكيف لا يبطلون شرطاً نصت السنة على إبطاله؟<sup>(٣)</sup> وما أجاب به القاسم بن محمد في العمرى ليس بشيء؛ لأنه لم يقل

---

(١) التمهيد (٧/ ١٢٠).

(٢) صحيح البخاري، بيع، باب البيع والشراء مع النساء (٣/ ٩٣)، وأخرجه أيضاً في الشروط، باب المكاتب وما يحل من الشروط (٣/ ٢٥٩)، ونحوه في صحيح مسلم، كتاب العتق - باب إنما الولاء لمن أعتق (٢/ ١١٤٢-١١٤٣).

(٣) المحلى (١٥٧/ ١٠)، التمهيد (٧/ ١١٦-١١٧)، عمدة القارئ (١٨٠/ ١٣).

سوى أن الناس على شروطهم، ولو قصد ما زعموه ما جاز أن يقبل قوله في معارضة من قال بخلاف ذلك من الصحابة والتابعين وهم كثير، فكيف يقبل مع مخالفته لقول المعصوم عليه أفضل الصلاة وأزكى التسليم؟<sup>(١)</sup>.

وتعقب ما نسبوه إلى ابن عمر، بأن مذهب ابن عمر في العمرى خلاف مذهبه في السكنى، قال ابن عبد البر: «وعلى هذا أكثر العلماء، وجماعة أهل الفتوى في الفرق بين العمرى والسكنى»<sup>(٢)</sup>، ولو وافقهم فيما راموه، فقد خالفه غيره من الصحابة وهم كثير<sup>(٣)</sup>.

وللمالكية ومن وافقهم من النظر ما يلي:

١ - دلت اللغة على أن المراد بالعمرى تملك المنافع؛ لأن العرب قد وضعت لفظ العمرى والرقبى والمنحة والعريه والعارية والسكنى لتمليك المنافع لمن جعلت له، أما الأصل فيبقى على ملكية أربابها<sup>(٤)</sup>.

---

(١) الأم (٦٣/٤ - ٦٤)، المغني (٣٠٦/٦).

(٢) التمهيد (١١٩/٧).

(٣) المحلى (١٥٦/١٠ - ١٥٧).

(٤) تهذيب اللغة (٣٨٦/٢ - ٣٨٧)، لسان العرب (٤٢٦/١)،

(٢/٦٠٧)، (١٣/٢١٢)، (٥٠/١٥)، الأبي (٤/٣٣٤).

وتعقب، بأن العبرة بالمدلول الشرعي، فقد نقلها الشارع إلى تمليك الرقبة، كما نقل الصلاة من الدعاء إلى الأفعال المنظومة، ونقل الظهار والإيلاء من الطلاق إلى أحكام مخصوصة<sup>(١)</sup>.

٢- تمليك الرقبة يقع مطلقاً غير مؤقت، كالبيع بعوض وغيره، ولا يصح مؤقتاً، وكل تمليك علق بوقت منع فيه تمليك الرقبة، ولما كانت العمرى معلقة بأجل تنتهي إليه، وهو عمر المعمر، أو عمر عقبه، وجب أن يراد بها تمليك المنافع دون الرقبة؛ لأن التوقيت يدخل فيما دون تمليك الأعيان<sup>(٢)</sup>.

وأجيب: بأن الشارع قد أبطل تأقيت العمرى وجعلها تمليكاً بإطلاق<sup>(٣)</sup>.

٣- لفظ الإسكان يراد به عند الجمهور تمليك المنفعة، وهو والإعمار سيان؛ لأن المفهوم من اللفظين واحد<sup>(٤)</sup>، وعورض هذا المعنى بأن مذهب الجمهور في السكنى خلاف مذهبهم في العمرى، لأن المعنى الشرعي للعمرى هو تمليك الرقبة مطلقاً، والسكنى ليست كذلك شرعاً<sup>(٥)</sup>.

---

(١) المغني (٣٠٦/٦ - ٣٠٧)، البناية (٨٦٠/٧ - ٨٦١).

(٢) الإشراف (٨٢/٢)، المنتقى (١٢٠/٦).

(٣) المغني (٣٠٦/٦ - ٣٠٧).

(٤) الإشراف (٨٢/٢)، بداية المجتهد (٣٣٢/٢).

(٥) التمهيد (١١٩/٧).

٤- ملك المعمّر وهو المعطي ثابت بالإجماع قبل أن يحدث العمرى، فوجب أن لا يزول إلا بيقين وهو الإجماع، ولا إجماع مع الاختلاف، فإن أهل العلم قد اختلفوا، فقال بعضهم: قد أزال لفظه ملكية رقبة ما أعمره، وقال آخرون: لم يزل ملكه عن رقبة ماله بهذا اللفظ<sup>(١)</sup>.

أدلة الجمهور على أن العمرى تمليك أبدي للرقبة:

استدل الجمهور بالأخبار والآثار وصحيح النظر.

فمن الأخبار احتجوا بما يلي:

الحديث الأول: عن جابر رضي الله عنه قال: «قضى رسول الله ﷺ بالعمرى لمن وهبت له»<sup>(٢)</sup>، وقوله في الحديث: قضى، أي: حكم بصحة العمرى، وجعلها هبة، وهذا يفيد تمليك الرقبة؛ لأن المنافع أوضح من أن تحتاج إلى أن يعرف لمن هي في ذلك<sup>(٣)</sup>.

الحديث الثاني: وعن جابر أيضاً أنه قال: قال رسول الله

---

(١) التمهيد (١١٥/٧)، الزرقاني (٤٨/٤ - ٤٩).

(٢) صحيح البخاري، كتاب البيوع- باب ما قيل في العمرى (٢١٦/٣)،

صحيح مسلم، كتاب الهبات- باب العمرى (١٢٤٦/٣).

(٣) التمهيد (١١٧/٧)، عمدة القارئ (١٣/١٧٩ - ١٨٠)، فتح الباري

(٢٣٨/٥).

ﷺ: «أمسكوا عليكم أموالكم ولا تفسدوها، فإن من أعمار عمرى فهي للذي أعمارها حياً وميتاً ولعقبه»<sup>(١)</sup>.

والمراد في الحديث إعلامهم أن العمرى هبة صحيحة ماضية، يملكها الموهوب له ملكاً تاماً لا يعود إلى الواهب أبداً، فإذا علموا ذلك فمن شاء أمضى، ومن شاء ترك؛ لأنهم كانوا يتوهمون أنها كالعارية يرجع فيها أصحابها، وفي بعض روايات حديث جابر عند مسلم: «جعلت الأنصار يعمرون المهاجرين، فقال رسول الله ﷺ: «أمسكوا عليكم أموالكم»<sup>(٢)</sup>، فكأنه ﷺ علم حاجة المالك إلى ماله وأنه لا يصبر، فنهاهم وبين لهم أن العمرى تمنع الرجوع فيما وهبوه<sup>(٣)</sup>.

الحديث الثالث: أعمرت امرأة بالمدينة ابناً لها حائطاً تملكه، ثم توفي وتوفيت بعده، وتركت ولداً وله إخوة بنون للمعمرة، فقال ولد المعمرة: رجع الحائط إلينا، وقال بنو المعمرة: بل كان لأبينا حياته وموته، فاختصموا إلى طارق مولى عثمان<sup>(٤)</sup>، فدعا جابر بن

---

(١) صحيح مسلم، كتاب الهبات - باب العمرى (٣/١٢٤٦).

(٢) المرجع السابق (٣/١٢٤٧).

(٣) النووي على مسلم (١١/٧١-٧٢)، عمدة القارئ (١٣/١٨٠-١٨١).

(٤) هو طارق بن عمرو المكي الأموي مولاهم القاضي، سمع جابر بن عبدالله، وكان والياً على المدينة من سنة ٧٢هـ إلى ٧٣هـ، وهو من أمراء الجور، توفي في =



عبد الله، فشهد على رسول الله ﷺ بالعمري لصاحبها، ففضى بذلك طارق...»<sup>(١)</sup> وهذا نص في محل النزاع<sup>(٢)</sup>.

الحديث الرابع: عن جابر، عن النبي ﷺ أنه قال: «العمري ميراث لأهلها»<sup>(٣)</sup>، وهو ظاهر في انتقال العمري نهائياً إلى المعمر، ومن بعده من ورثته.

الحديث الخامس: عن أبي هريرة وجابر رضي الله عنهما، أن النبي ﷺ قال: «العمري جائزة»<sup>(٤)</sup>، والمراد أنها جائزة للمعمر، ولا حق فيها للمعمر بعد ذلك، وبهذا فسر قتادة وهو راوي الحديث<sup>(٥)</sup>، وللجمهور أحاديث أخرى، وهي كثيرة يصعب حصرها، وكلها يفيد بطلان التوقيت في العمري، وسقوط شرط المعمر، وأن العمري للمعمر يملكها ملكاً تاماً حالاً، ويتصرف فيها تصرف الملاك، وهي

---

= حدود سنة (٨٠ هـ). انظر الكاشف (٢/٤١)، تهذيب التهذيب (٥/٧٠٥)، تقريب التهذيب (١/٣٧٦).

(١) صحيح مسلم، كتاب الهبات- باب العمري (٣/١٢٤٧).

(٢) التمهيد (٧/١٢٠).

(٣) صحيح مسلم، كتاب الهبات- باب العمري (٣/١٢٤٨).

(٤) صحيح البخاري، كتاب البيوع- باب ما قيل في العمري (٣/٢١٦)،

صحيح مسلم، كتاب الهبات- باب العمري (٣/١٢٤٨).

(٥) فتح الباري (٥/٢٣٩-٢٤٠)، عمدة القارئ (١٣/١٨٠).

لعقبة من بعده ؛ سواء كانت مقيدة بمدة العمر أو مطلقة أو مؤبدة<sup>(١)</sup> .

ليس للمخالف اعتراض على صحة الأحاديث المتقدمة ، ولكنهم قالوا :

حديث جابر منسوخ ولم يصحبه عمل ، قال مالك : « ليس عليه العمل ، ولوددت أنه محي »<sup>(٢)</sup> أو هي محمولة على المنافع ، فهي التي وهبت ، فلا يلزم الواهب أكثر مما وهب ، وبعض تلك الأحاديث غير صريح في موضع النزاع ؛ فإطلاق الجواز في حديث أبي هريرة لا يفهم منه غير الحل والصحة ، وما حملة عليه قتادة يحتاج إلى قدر زائد على ذلك<sup>(٣)</sup> .

وأجيب عما ذكره المخالف : بأنه ليس بشيء ؛ لأن صراحة بعض الأحاديث وكثرة شواهدا تقطع كل احتمال أو تأويل ، وتغني عما أبهم من الأحاديث ، ولا يصح ادعاء النسخ إلا بما لا مدفع له ،

---

(١) الأم (٤/٦٣ - ٦٥) ، المحلى (١٥٩/١٠ - ١٦١) ، التمهيد (٧/١١٦) ،  
١١٧ ، ١٢٠ ، ١٢١ ، النووي على مسلم ، (١١/٧١ - ٧٢) ، فتح الباري  
(٥/٢٣٨ ، ٢٣٩ ، ٢٤٠) ، نصب الراية (٤/١٢٧ - ١٢٨) ، عمدة القارئ  
(١٣/١٨٠) ، تلخيص الحبير (٣/٧١) ، بداية المجتهد (٢/٣٣١ - ٣٣٢) ، بدائع  
الصنائع (٨/٣٦٧٢) ، المغني (٦/٣٠٥ ، ٣٠٦ ، ٣٠٩) ، القرطبي (٩/٥٧) ،  
البنية (٧/٨٦٠) ، نيل الأوطار (٦/١٧ - ١٩) ، تكملة المجموع (١٥/٣٩١) .  
(٢) التمهيد (٧/١١٣ - ١١٤) .

(٣) فتح الباري (٥/٢٣٩ - ٢٤٠) ، الأبي (٤/٣٣٤ - ٣٣٦) .

وأقوى ما عورضت به أحاديث الجمهور، ما يأتي من الأحاديث الصحيحة التي أثبتت الفرق بين العمرى المطلقة والعمرى المقيدة بالعقب، لأن أحاديث الجمهور محتملة للتأويل، وأحاديث التفصيل مفسرة، فهي تجعل لذكر العقب حكماً وللسكوت عنه حكماً يخالفه<sup>(١)</sup>.

استدلال الجمهور بأقوال الصحابة على أن العمرى قلميك أبدي:

وللجمهور من أقوال الصحابة الكثير، فهذا عبد الله بن عمر يقول لمن سألَه أنه أعطى ابناً له بغيراً حياته: «هو له حياته وموته»، وقال علي بن أبي طالب: «العمرى بتات»، وقال زيد بن ثابت: «العمرى للوارث»، وقال ابن عباس: «من أعمار شيئاً فهو له»، وصح عن جابر في أحد قوليه: «من أعمار شيئاً فهو له»<sup>(٢)</sup>، وتبعهم على ذلك جمهور التابعين فمن بعدهم، منهم عروة بن الزبير، وعبد الملك بن مروان، وشريح، وسليمان بن يسار، وقتادة، ومجاهد، وطاوس، وإبراهيم، وسفيان الثوري، والحسن بن حي،

---

(١) التمهيد (١٢٢/٧).

(٢) المصنف لأبي بكر بن أبي شيبة (١٤٠/٧ - ١٤٣)، المصنف لعبد الرزاق (١٨٧ - ١٩٢)، السنن الكبرى للبيهقي (١٧٤/٦)، الأم (٦٤/٤)، التمهيد (١١٨/٧)، المحلى (١٥٤/١٠ - ١٥٦).

والأوزاعي، ووكيعة، وهو مذهب الأئمة الثلاثة<sup>(١)</sup>.

استدلال الجمهور بالمعقول على أن العمرى تمليك أبدي:

وللجمهور من المعقول ما يلي:

١- العمرى هبة، والهبة لا يجوز فيها التأقيت؛ لأن تمليك الأعيان لا يحتمله كالبيع، وكل تصرف يخالف مقتضى العقد والشرع يسقط، فبطل شرط التأقيت، وبقي العقد صحيحاً<sup>(٢)</sup>.

٢- لا منافاة بين جعل العمرى للمعمر مدة حياته، وبين انتقالها إلى ورثته، لأن الأملاك المستقرة كلها مقدرة بحياة المالك<sup>(٣)</sup>.

أدلة القول بالتفصيل بين التقييد بالعقب والإطلاق في العمرى:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

حديث ابن شهاب، عن أبي سلمة بن عبد الرحمن، عن جابر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «أَيُّمَا رَجُلٍ أَعْمَرَ عَمْرِي لَهُ وَلَعَقْبُهُ فَإِنَّهَا لِلَّذِي أَعْطَاهَا لَا تَرْجِعْ إِلَى الَّذِي أَعْطَاهَا، لِأَنَّهُ أَعْطَى عَطَاءً وَقَعَتْ فِيهِ الْمَوَارِيثُ»، وفي رواية أن جابراً قال: سمعت رسول الله ﷺ

---

(١) المراجع السابقة، بالإضافة إلى فتح الباري (٥/٢٣٩)، التمهيد

(٧/١٢٠)، نصب الراية (٤/١٢٧).

(٢) مغني المحتاج (٢/٣٩٨)، تكملة المجموع (١/٣٩١).

(٣) المراجع السابقة.

يقول: « من أعمر رجلاً عمرى له ولعقبه فقد قطع قوله حقه فيها، وهي لمن أعمر ولعقبه»، وفي لفظ آخر، قال جابر: «إنما العمرى التي أجاز رسول الله ﷺ أن يقول: هي لك ولعقبك، فأما إذا قال: هي لك ما عشت، فإنها ترجع إلى صاحبها، قال معمر: وكان الزهري يفتي به»، ومن طريق جابر أيضاً، أن رسول الله ﷺ: «قضى فيمن أعمر عمرى له ولعقبه فهي له بتلة، لا يجوز للمعطي فيها شرط ولا وثنيّاً»<sup>(١)</sup>.

وهذه الروايات ظاهرة في القول بأن العمرى تعود إلى المعمر إن لم يذكر العقب، ولا تعود إذا ذكره، وبخاصة قوله: «إنما العمرى التي أجاز رسول الله ﷺ أن يقول: هي لك ولعقبك، فإذا قال: هي لك ما عشت فإنها ترجع إلى صاحبها»، فهذا نص في القول بالتفصيل، وهو الذي أفتى به الزهري<sup>(٢)</sup>.

ما يرد على الاستدلال بهذه الروايات:

أورد المانعون لعودة العمرى لمن أعمرها، ومن قال برجوعها مطلقاً على هذه الروايات ما يلي:

---

(١) صحيح مسلم، كتاب الهبات- باب العمرى (٣/١٢٤٥-١٢٤٦).

(٢) التمهيد (٧/١١٢)، القرطبي (٩/٥٧)، بداية المجتهد (٢/٣٣١-

٣٣٢)، الأبي (٤/٣٣٦).

قالوا: إن الروايات القاضية بالفرق بين التقييد بمدة الحياة، وبين الإطلاق والتأبيد، معلولة بالإلدارج، فلا تنتهض لتقييد المطلقات، ولا لمعارضة ما يخالفها، فإن التعليل في الحديث بقوله: «لأنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث» ليس من كلام النبي ﷺ، وإنما هو من لفظ أبي سلمة، كما صرح ابن أبي ذئب في الطريق الآخر، فقال: وقال أبو سلمة: «لأنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث»، كما أن رواية الليث ليس فيها هذا التعليل أصلا.

وحديث معمر، عن الزهري، وهو أصرح دليل على التفصيل، قال عنه محمد بن يحيى الذهلي: إنما منتهاه إلى قوله: «هي لك ولعقبك»، أما بقية الحديث وهو قوله: «فأما إذا قال هي لك ما عشت...»، فقليل: هو من قول الزهري، وقيل: من قول أبي سلمة، وقال محمد بن حزم: هو من كلام جابر، ولا حجة في أحد دون رسول الله ﷺ، وقد خالف جابر ههنا ابن عباس وابن عمر وغيرهما، وفوق ذلك، فقد اختلفت روايات الطبقة الأولى والثانية والثالثة في ألفاظ الحديث، فضعفت الثقة به، مع ما فيه من مخالفة الأصول.

وقال أصحاب مالك: حديث جابر منسوخ، ولم يصحبه العمل، ولعل حامله وهم، وقد ترك القاسم بن محمد بن أبي بكر الحكم بحديث جابر؛ لمخالفته عمل الناس، وقال مالك: «ليس عليه

العمل، ولوددت أنه محي»<sup>(١)</sup>.

أما من حيث المعنى، فليس في الحديث إلا حكم العمرى إذا قال: «هي لك ولعقبك»، وبقي حكم العمرى عند الإطلاق، فيطلب في غير هذا الحديث.

وقال المالكية: إن المراد من حديث جابر: أن ما أعطي من المنافع يكون له ولعقبه، ولا تبطل لعقبه بعد موته، ولا ترجع بذلك إلى الذي أعطاه؛ لأن الم عمر اشتراطها لذرية المعطي، يتوارثون الانتفاع بها، فوجب أن تنفذ عطيته على ما أعطاه من وجوب التوارث فيها، بتنقل المنافع إلى عقب المعطي بعد موته، ولن ترجع إلى المعطي أو ورثته إلا بعد انقراض عقب المعطي؛ أما إذا لم يذكر فيها العقب فإنها ترجع بعد موت الم عمر لربها<sup>(٢)</sup>، وعليه فلا منافاة بين هذا الحديث وما ذهب إليه مالك.

مناقشة ما ورد على حديث جابر:

والجواب عما ما أورده المخالفون على حديث جابر - القاضي بأن ذكر العقب يفيد التأبيد، والإطلاق يفيد التأقيت -: أن الإدراج

---

(١) التمهيد (٧/١١٢، ١١٣، ١١٤)، المحلى (١٥٨/١٠ - ١٥٩)،  
المغني (٦/٣١٠)، الزرقاني (٤/٤٨)، الأبي (٤/٣٣٤، ٣٣٥، ٣٣٦)، نيل  
الأوطار (٦/١٢٠).

(٢) المستقى (٦/١١٩)، الأبي (٤/٣٣٤، ٣٣٥، ٣٣٦).

المذكور لو سلم ثبوته لكان المرفوع من الحديث باتفاق كاف لإثبات التفصيل، وما قيل إنه مدرج ما هو إلا تأكيد لما دلّ عليه أول الحديث، والمعنى في روايات الحديث متقارب، يشد بعضه بعضاً، وما توهمه بعض المالكية من النسخ، فمثله لا تعترض به الأحاديث الثابتة عند أحد من العلماء، إلا بأن يتبين النسخ بما لا مدفع له<sup>(١)</sup>.

ودلالة الحديث لا تحتل الصرف، قال أبو عمر بن عبد البر: «وهو حديث مفسر، يرتفع معه الإشكال؛ لأنه جعل لذكر العقب حكماً، وللسكوت عنه حكماً يخالفه، وبه أفتى أبو سلمة، وإليه كان يذهب ابن شهاب، وهم رواة الحديث، وإليهم ينصرف في تأويله، مع موضعهم في الفقه والجلالة، وليس من خالفهم ممن يقاس بهم»<sup>(٢)</sup>.

### الترجيح:

بعد عرض أدلة الأقوال الثلاثة، ظهر لي - والله تعالى أعلم - أن القول الثالث المتضمن للتفصيل بين العمرى المقيدة بالعقب فتكون مؤبدة، وبين العمرى المطلقة فتعود إلى صاحبها بعد موت المعمر هو الراجح، وذلك للأسباب الآتية:

---

(١) التمهيد (٧/ ١١٢، ١١٣، ١١٤).

(٢) التمهيد (٧/ ١٢٢)، وانظر كذلك فتح الباري (٥/ ٢٣٩)، الأبي (٤/ ٣٣٥ - ٣٣٦).



أولاً: لأن أدلة القول الثاني المقتضي تمليك العمرى مطلقاً-  
وأصحها حديث جابر- جاءت مطلقة محتملة ، ورواية جابر المفسرة  
قاضية عليها بالتقييد، وبها يرتفع الإشكال، ويلتئم شمل  
الأحاديث، وقد أفتى بذلك رواة الحديث، وهم أولى من فسره.

ثانياً: ظاهر ما جاء في الموطأ: أن عمل أهل المدينة كان على  
التفصيل، فلعل القول برجوع العمرى بعد انقراض عقب المعمر رأي  
لمالك اختاره بعد ذلك.

## المبحث الثالث والعشرون

رجوع الوالد فيما وهب ولده على غير وجه الصدقة

وهب في اللغة: بمعنى جعل وأعطى<sup>(١)</sup>، ومعنى الهبة في الاصطلاح الشرعي: هي التبرع ممن يجوز تصرفه بتمليك الغير مالا بلا عوض<sup>(٢)</sup>.

والرجوع في الهبة يسمى اعتصاراً، ومعناه: الحبس والمنع، وقيل: الارتجاع<sup>(٣)</sup>، وكلاهما في ارتجاع الهبة صحيحاً.

قال ابن عرفة<sup>(٤)</sup>: «الاعتصار ارتجاع المعطي عطيته دون عوض، لا بطوع المعطي»<sup>(٥)</sup>.

وقد أجاز الإمام مالك رحمه الله - اعتماداً على إجماع أهل بلده - أن يرجع الأب فيما وهبه لولده على غير وجه الصدقة، ما لم

---

(١) تهذيب اللغة (٦/٤٦٣ - ٤٦٤).

(٢) الخطاب (٦/٤٩)، شرح فتح القدير (٧/١١٣ - ١١٤)، مغني المحتاج (٢/٣٩٦)، الروض المربع (٢/٤٨٦ - ٤٨٧).

(٣) لسان العرب (٤/٥٧٩).

(٤) هو أبو عبد الله محمد بن عرفة الورغمي، إمام تونس وعالمها في عصره، أخذ عن ابن عبد السلام والشرif التلمساني وغيرهما، ألف «المبسوط» في الفقه، و«الحدود» في التعاريف الفقهية، ولد سنة (٧١٧هـ)، وتوفي سنة (٨٠٣هـ).  
نيل الابتهاج (٢٧٤)، شجرة النور (٢٢٧)، شذرات الذهب (٧/٣٨).

(٥) مواهب الجليل للخطاب (٦/٦٣).

يستحدث الولد ديناً أو نكاحاً ونحوهما .

### توثيق المسألة :

جاء في الموطأ : «قال مالك : الأمر المجتمع عليه عندنا فيمن نحل ولده نُحلاً ، أو أعطاه عطاء ليس بصدقة ، إن له أن يعتصر ذلك ما لم يستحدث الولد ديناً يداينه الناس به ، ويأمنونه عليه من أجل ذلك العطاء الذي أعطاه أبوه ، فليس لأبيه أن يعتصر من ذلك شيئاً بعد أن تكون عليه الديون ، أو يعطي الرجل ابنه أو ابنته فتتكح المرأة الرجل ، وإنما تنكحه لغناه ، وللمال الذي أعطاه أبوه ، فيريد أن يعتصر ذلك الأب ، أو يتزوج الرجل المرأة ، قد نحلها أبوها النحل ، وإنما يتزوجها ويرفع في صداقها لغناها ومالها وما أعطاه أبوها ، ثم يقول الأب : أنا أعتصر ذلك ، فليس له أن يعتصر من ابنه ولا من ابنته شيئاً من ذلك ، إذا كان على ما وصفت لك» (١) .

قال الباجي : «يريد بالأمر المجتمع عليه عندنا ، أهل المدينة على ساكنها السلام» (٢) .

والظاهر من مذهب مالك : أنه لا يعتصر إلا الأبوان من أبنائهما وبناتهما ، ولكنه قيد اعتصار الأم من ولدها الصغير بوجود الأب ، وليس لها أن تعتصر إذا كان يتيماً لا أب له ، فإن كان كبيراً جاز لها

---

(١) الموطأ (ص ٥٣٥) .

(٢) المنتقى (٦/ ١١٧) .

الاعتصار منه وجد الأبُّ أو لم يوجد، وهذا قول جمهور أصحاب مالك، وقيل: ليس لأحد أن يرجع في هبته إلا الأب وحده فيما وهب ولده، وبه يعلم أن الخلاف عن مالك في الأمّ وارد، كما اختلف قول مالك في الجدّ والجدّة، فروى عنه ابن وهب: أن الجد والجدّة لا يعتصران أيضاً، وروى عنه أشهب: أنهما يعتصران كأبوين، وجواز الاعتصار عند مالك يفите الدين على الموهوب له، أو زواجه على اختلاف في مذهب المالكية، كما أن فوات الاعتصار بتغير الهبة زيادة أو نقصاً أحد القولين في المذهب، وهو ظاهر قول مالك وابن القاسم في المدونة، وقال مطرف وابن الماجشون: لا يفوت الاعتصار بتغير الهبة<sup>(١)</sup>.

وعلى الجملة فإن المقطوع بنسبته إلى إجماع أهل المدينة، هو جواز اعتصار الأب ما وهب لولده الصغار والكبار على غير وجه الصدقة.

مذهب غير المالكية في حكم اعتصار الأب ما وهبه لولده: وافق الشافعي وأصحابه مالكاً في جواز رجوع الأب فيما وهب ولده، لكنه لا يرى تقييد الرجوع إلا بما يخرج الشيء الموهوب من

---

(١) الكافي (٢/ ١٠٠٤ - ١٠٠٥)، الإشراف (٢/ ٨٣)، المنتقى (٦/ ١١٧ - ١١٨)؛ بداية المجتهد (٢/ ٣٣٢)، الأبي (٤/ ٣٢٧ - ٣٣٠)، مواهب الجليل (٦/ ٦٣ - ٦٤).

سلطة المذهب ببيع أو وقف، وقال ابن حزم: «يرجع الأب ما لم تفت عين الموهوب»، وقال الإمام أحمد في أظهر الروايات عنه: «للأب الرجوع فيما وهب ولده، إلا أن يتعلق به حق أو رغبة»، وهو المشهور والمذهب عند جماهير الحنابلة، وبه قال الأوزاعي، وإسحاق، وأبو ثور<sup>(١)</sup>.

وخالف أبو حنيفة وأصحابه الجمهور، فقالوا: لا رجوع للأب فيما وهب ولده، ومثله كل ذي رحم محرم بالنسب، كالأخ والأخت والعم والعمة، وكل من لو كان امرأة لا يحل له أن يتزوجها، وأحلوا الرجوع في كل ما وهب لغير ذي رحم محرم، وعن أحمد رواية أخرى تمنع رجوع الواهب في هبته مطلقاً؛ سواء كان الواهب أباً أم غيره؛ لكن المذهب عند أصحابه ما تقدم<sup>(٢)</sup>.

وبالجملة فإن مدار الخلاف في هذه المسألة بين مذهبين:

- الأول: القول بجواز رجوع الأب فيما وهب ولده على غير

---

(١) فتح الباري (٢١١/٥ - ٢١٥)، مغني المحتاج (٤٠١ - ٤٠٢)، تكملة المجموع (٣٨١/١٥ - ٣٨٢)، المحلى (٨٦/١٠، ١٠١)، بداية المجتهد (٣٣٢/٢)، المغني (٢٧٠/٦ - ٢٧٢)، الإنصاف (١٤٥/٧ - ١٥٠).  
(٢) عمدة القارئ (١٤٣/١٣)، بدائع الصنائع (٣٦٩٨/٨)، البناية (٨٢٨/٧)، اللباب (٥٥٣/٢)، المغني (٢٧٠/٦ - ٢٧١)، الإنصاف (١٤٥/٧ - ١٤٦)، بداية المجتهد (٣٣٢/٢)، نيل الأوطار (١١٥/٦ - ١١٦).

وجه الصدقة وهو مذهب المالكية والشافعية والحنابلة، وهم الجمهور.

- الثاني: القول بعدم رجوع الأب فيما وهب ولده، وهو مذهب الحنفية ومن وافقهم.

وفيما يلي عرض أدلة القولين ومناقشتها.

بادئ ذي بدء، أشير إلى أن التنفير من الرجوع في الهبة بإطلاق ثابت بأحاديث متفق على صحتها، إلا أن القول بمنع الرجوع في شيء منها مطلقاً قول شاذ، لا يعول عليه ولا يلتفت إليه، ولا يقول به أكبر مخالف للجمهور في مسألة رجوع الأب، بل إنه توسع في إباحة الرجوع، حتى أباحها لكل أجنبي، ولم يستثن سوى ذوي المحارم، ومنهم الوالد، وعليه فإن الأدلة التي نوردتها، تقتصر على محل النزاع فحسب.

أدلة الجمهور على جواز رجوع الوالد فيما وهب ولده:

أيد الجمهور مذهبهم بالخبر والأثر والنظر، فلهم من الخبر ما يلي:

الحديث الأول: قوله عليه الصلاة والسلام: «لا يحل للرجل أن يعطي العطية أو يهب الهبة فيرجع فيها، إلا الوالد فيما يعطي ولده...»<sup>(١)</sup>، وهذا يخص عموم المنع ويفسره، وهو نص في إفادة

---

(١) سنن أبي داود، كتاب البيوع- باب الرجوع في الهبة (٨٠٨/٣ - ٨٠٩)، =

حل رجوع الأب فيما وهب لابنه<sup>(١)</sup> .

الحديث الثاني : عن النعمان بن بشير أنه قال : «إن أباه أتى به رسول الله ﷺ ، فقال : إني نحلته ابني هذا غلاماً كان لي ، فقال رسول الله ﷺ : أكل ولدك نحلته مثل هذا؟ فقال : لا . فقال رسول الله ﷺ : فارجمه»<sup>(٢)</sup> . وروي : «فاردده» ، و«فرده»<sup>(٣)</sup> ، وفي رواية أخرى ، قال النعمان ابن بشير : تصدق عليّ أبي ببعض ماله ، فقالت أمي عمرة بنت رواحة : لا أرضى حتى تشهد رسول الله ﷺ ، فانطلق أبي إلى النبي ﷺ يشهده على صدقتي ، فقال له رسول الله ﷺ : «أفعلت هذا بولدك كلهم؟» قال : لا ، وقال : «اتقوا الله واعملوا

---

= سنن الترمذي ، البيوع - باب ما جاء في كراهية الرجوع في الهبة (٤/ ٢٩٩ - ٣٠٠) ، سنن النسائي ، في الهبة - باب رجوع الوالد فيما أعطى ولده (٦/ ٢٦٤ - ٢٦٥) ، سنن ابن ماجه ، أبواب الأحكام - باب من أعطى ولده ثم رجع فيه (٢/ ٥٠) ، المستدرك للحاكم ، كتاب البيوع (٢/ ٤٦ - ٤٧) .  
(١) الإشراف (٢/ ٨٣) ، المغني (٦/ ٢٧٢) ، الزرقاني (٤/ ٤٧) ، تكملة المجموع (١٥/ ٣٨٣ - ٣٨٤) .

(٢) صحيح البخاري ، كتاب الهبة وفضلها - باب هبة الولد (٣/ ٢٠٦) ، صحيح مسلم ، كتاب الهبات - باب كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة (٣/ ١٢٤١ - ١٢٤٢) .

(٣) صحيح مسلم ، كتاب الهبات - باب كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة (٣/ ١٢٤٢) .

في أولادكم»، فرجع أبي فرد تلك الصدقة<sup>(١)</sup>، ولفظ البخاري: «فرجع فرد عطيته»<sup>(٢)</sup>.

ووجه الاستدلال لهذا الحديث: أنه بعد ما أمضى الهبة لابنه أمره النبي ﷺ بارتجاعها، وأقل أحوال الأمر الجواز، ومحال أن يأمر النبي ﷺ بفعل غير جائز، وقد امثل بشير بن سعد للأمر، فرجع في هبته لولده، وهو ما أكدته النعمان في قوله: فرجع أبي فرد تلك الصدقة<sup>(٣)</sup>.

ما يرد على الاستدلال بالحديثين:

أورد المخالف على الحديث الأول، أن الشافعي رواه مرسلاً، وقال: لو اتصل لقلت به؛ والمرفوع منه يرويه عمرو بن شعيب، وقد اختلف عليه فيه<sup>(٤)</sup>.

ثم هو محمول على أخذ مال ابنه عند الحاجة إليه، وسمّاه رجوعاً؛ لتصوره بصورة الرجوع مجازاً، ولا يسمى رجوعاً حقيقة؛ لأن ما يجب للوالد من ذلك ليس بفعل يفعله، فيكون ذلك رجوعاً

---

(١) صحيح مسلم (٣/١٢٤٢).

(٢) صحيح البخاري (٣/٢٠٦).

(٣) المتقى (١١٦/٦)، المغني (٦/٢٧١)، الأبي (٤/٣٣٠).

(٤) سنن الدارقطني (٣/٤٣)، تلخيص الحبير (٣/٧٢)، نصب الراية (٤/١٢٥).



مذموماً، كمثل الكلب الراجع في قيئه، ولكنه شيء أوجب الله تعالى لفقره<sup>(١)</sup>.

أما عن حديث النعمان بن بشير فقالوا: لا يدل على جواز رجوع الوالد فيما وهب ولده، لوجوه:

- أحدها: لعلّ والد النعمان وهب ولده كلّ ماله، فأمر بالرجوع في الكلّ دون البعض.

- الثاني: أن العطية المذكورة لم تنجز، وإنما جاء والد النعمان ليستشير النبي ﷺ في ذلك، فأشار عليه بأن لا يفعل فترك، وهذا لا يسمى رجوعاً.

- الثالث: أن النعمان بن بشير كان كبيراً، ولم يكن قبض الموهوب، فجاز لأبيه الرجوع<sup>(٢)</sup>.

مناقشة ما ورد على الاستدلال بالحديثين:

وأجيب عن حديث استثناء الأب من منع الرجوع في الهبة بأنه روي موصولاً بسند صحيح، فقد رواه الترمذي، وقال: «حديث حسن صحيح»، ورواه ابن حبان في صحيحه، وقال الحاكم: «صحيح الإسناد، ولا أعلم خلافاً في عدالة عمرو بن شعيب»، وقد

---

(١) بدائع الصنائع (٨/٣٦٩٨ - ٣٧٠٠)، الباب (٢/٥٥٦ - ٥٥٧).

(٢) فتح الباري (٥/٢١١ - ٢١٥)، نيل الأوطار (٦/١١٠ - ١١١).

قال به الشافعي بعد قوله : «لو اتصل لقلت به» ، فعلم أنه وقف على وصله من طريق صحيح<sup>(١)</sup>.

أما حملهم الحديث على أخذ الأب من مال ولده وقت الحاجة لفقره ، فهو تأويل عجيب ، ثمجه القريحة وتنفر منه الأفهام الصحيحة ، قال ابن حزم : «وهل فهم أحد قط من هذا الكلام هذا المعنى ؟ وقد علم الجميع أن الأب إذا احتاج لم يكن حقه فيما أعطى ولده دون سائر ماله الذي لم يعطه إياه»<sup>(٢)</sup>.

ولم يحالفهم الصواب في الظنون التي توهموها في حديث النعمان بن بشير ، فقولهم : إن الموهوب للنعمان جميع مال والده ، يردّه أن كثيراً من طرق الحديث قد صرحت بأن الموهوب بعض المال لا كلّّه ، ففي حديث الباب : أن الموهوب كان غلاماً كما في لفظ مسلم وغيره ، ودعواهم أن العطية المذكورة لم تنجز مخالف لاكثر طرق الحديث ، فإن أمره ﷺ بالارتجاع يقتضي التنجيز ، وكذلك قول عمرة : «لا أرضى حتى تشهد على العطية» .

---

(١) سنن الترمذي (٤/ ٣٠٠) ، صحيح ابن حبان - باب الرجوع في الهبة (٧/ ٢٨٩) ، المستدرک للحاکم (٢/ ٤٦ - ٤٧) ، تلخیص الحبير (٣/ ٧٢) ، نصب الراية (٤/ ١٢٤) ، التعليق المغني بحاشية الدارقطني (٣/ ٤٣) ، بداية المجتهد (٢/ ٣٣٣) .

(٢) المحلى (١٠/ ١٠١) .

وزعمهم أنّ النعمان كان كبيراً ولم يكن قبض الموهوب، فجاز لأبيه الرجوع، معارض بما ورد في طرق كثيرة للحديث خصوصاً قوله: «ارجعه»، فإنه يدل على تقدم وقوع القبض، وقد تضافرت الروايات على أن النعمان كان صغيراً، وكان أبوه قابضاً له لصغره، فأمر برد العطية المذكورة بعدما كانت في حكم المقبوض<sup>(١)</sup>.

وللجمهور أيضاً:

قول عمر بن الخطاب بجواز اعتصار الرجل من ولده ما أعطاه، ما لم يفت أو يستهلك، وعمل به هو وعثمان بحضرة الصحابة رضي الله عنهم جميعاً، وعلى مثله مشى جمهور التابعين فمن بعدهم من فقهاء الأمصار كما تقدم<sup>(٢)</sup>.

استدلال الجمهور بالمعقول على جواز رجوع الأب فيما وهب ولده:

للجمهور من المعقول ما يلي:

١- إنّ الابن قد أضيف إلى الأب مع ماله في الشرع، كما في قوله ﷺ: «... أنت ومالك لأبيك...»<sup>(٣)</sup>، فكان لذلك تأثير في

---

(١) فتح الباري (٢١١/٥ - ٢١٥)، نيل الأوطار (١١٠/٦ - ١١١).

(٢) المحلى (١٠١/١٠ - ١٠٢).

(٣) سنن أبي داود، بيوع، باب في الرجل يأكل من مال ولده (٨٠١/٣).

٨٠٢)، سنن ابن ماجه، أبواب التجارات- باب ما للرجل من مال ولده =

انتزاع ما بيده كالعبد<sup>(١)</sup>.

٢- للأب في مال الولد حق ، ألا ترى أنه لا يقطع إن سرق منه ، ولا يحد إن وطئ جاريته ؛ لأنه من كسبه ، فأولى أن يسترد منه ما أعطاه<sup>(٢)</sup>.

٣- الوالد غير متهم في رجوعه ؛ لما طبع عليه من إشاره لولده على نفسه ، فعلم أنه لا يرجع في الغالب إلا لضرورة أو حاجة ، أو لإصلاح الولد ، ولذلك اختص بحل اعتصار ما وهبه لولده<sup>(٣)</sup>.

أدلة الحنفية على منع رجوع الأب فيما وهب ولده :

استدل الحنفية لمذهبهم بالخبر والأثر والمعقول :

فمن السنة : قوله عليه الصلاة والسلام : «... إذا كانت الهبة لدى

---

(٢/ ٣٤)، مسند الإمام أحمد (٢/ ٢٠٤)، قال الخطابي : «ورجال إسناده ثقات». معالم السنن (٥/ ١٨٣)، قال البوصيري : «إسناده صحيح ، رجاله ثقات على شرط البخاري». مصباح الزجاجة (٢/ ٢٠٢).

(١) المتقى (٦/ ١١٦)، تهذيب ابن القيم بحاشية مختصر المنذري ومعالم السنن (٥/ ١٨٨).

(٢) الأبي (٤/ ٣٢٧)، تهذيب ابن القيم بحاشية مختصر المنذري ومعالم السنن (٥/ ١٨٨).

(٣) تهذيب ابن القيم (٥/ ١٨٨ - ١٨٩)، تكملة المجموع (١٥/ ٣٨٢ - ٣٨٥).

رحم محرم لم يرجع فيها»<sup>(١)</sup>، والأب والأم من أقوى الأرحام  
قرباً من الولد، فلم يجز رجوعهما فيما وهباه لولدهما.

ما يرد على الاستدلال بهذا الحديث :

يرد على هذا الحديث ضعف سنده، لتفرد عبد الله بن جعفر<sup>(٢)</sup>  
به، قاله الدارقطني، وقال الزيلعي: «قال ابن الجوزي: وعبد الله بن  
جعفر هذا ضعيف».

وعلى فرض صحة هذا الحديث، فهو مخصص بما صح صريحاً  
في استثناء الأب؛ لأن الرحم على فرض شموله للابن أعم من  
حديث استثناء الأب، وقد قيل: إن الرحم غلب على غير الولد،  
فصار حقيقة عرفية لغوية فيما عداه، فإن صح هذا فلا تعارض بين  
حديث تخصيص الأب بحل الرجوع في الهبة وبين منع ذوي  
الأرحام من الرجوع، كما في هذا الحديث<sup>(٣)</sup>.

---

(١) المستدرک للحاکم، کتاب البیوع (٥٢/٢)، سنن الدارقطني، کتاب  
البیوع (٤٤/٣)، سنن البیهقي، کتاب الهبات- باب المكافأة في الهبة (١٨١/٦).

(٢) هو أبو عبد الرحمن عبد الله بن جعفر بن غيلان الرقي، روى عن معتمر بن  
سليمان وموسى بن أعين وغيرهما، وعنه أحمد بن إبراهيم ومحمد بن حاتم  
وغيرهما، ثقة تغير بأخرة فلم يفحش اختلاطه، مات سنة (١٢٠هـ) الثقات  
(٨/٣٥١)، تهذيب التهذيب (١٧٣/٥ - ١٧٤)، تقريب التهذيب (٤٠٦/١).

(٣) سنن الدارقطني (٤٤/٣)، نصب الراية (١٢٦/٤)، نیل الأوطار  
(١١٥-١١٦).

وأجاب بعضهم عن الطعن في الحديث بقول الحاكم : «هو حديث صحيح على شرط البخاري»<sup>(١)</sup>، ثم إن عبد الله بن جعفر ثقة من رجال الصحيحين، ومن قال بضعفه إنما قصد عبد الله بن جعفر والد علي بن المديني، وهو متقدم عليه.

وتعقب هذا الجواب، بأن القول إنه على شرط البخاري غير صحيح، وإنما هو على شرط الترمذي، وصحة سند هذا الحديث لم تنف عنه أنه منكر<sup>(٢)</sup>، ففي نصب الراية، قال ابن عبد الهادي : «ورواة هذا الحديث كلهم ثقات، ولكنه منكر، وهو من أنكر ما روي عن الحسن، عن سمرة»<sup>(٣)</sup>.

كما استدلل الحنفية بما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال : «من وهب هبة لذي رحم فليس له أن يرجع فيه»<sup>(٤)</sup>.

وتعقب، بأن الثابت عن عمر جواز رجوع الأب فيما وهب ولده، وإن صح عنه هذا القول كان مقيداً بقوله الآخر، فلا تعارض

---

(١) المستدرک للحاکم، کتاب البیوع (٢/٥٢).

(٢) نصب الراية (٤/١٢٧).

(٣) المرجع السابق.

(٤) نصب الراية (٤/١٢٦)، وهو في مصنف عبد الرزاق بلفظ : «ومن وهب هبة لذي رحم جازت هبته . .» (٩/١٠٦)، وفي سنن الترمذي عن بعض أهل العلم من أصحاب رسول الله ﷺ (٤/٣٠٠ - ٣٠١).

ولا تضاد بين قوله ، ثم إن الفيصل فيما ثبت عن المعصوم عليه الصلاة والسلام .

الترجيح :

بعد عرض الأدلة ومناقشتها ، ظهر جلياً رجحان مذهب الجمهور المثبت لحل رجوع الوالد فيما وهبه لولده على غير وجه الصدقة ، لقوة الأدلة من المنقول والمعقول ، وليس في أدلة المخالف قوة ، وقد أمكن توجيهها بما يوافق أدلة الجمهور بلا عناء ولا تكلف .

## المبحث الرابع والعشرون

### لا رجوع للأب فيما أعطى ولده على وجه الصدقة

تقدم القول بجواز رجوع الأب فيما وهب ولده على غير وجه الصدقة، أما ما كان على وجه الصدقة، فلا رجوع للوالد فيه عند الإمام مالك؛ سواء كان الابن صغيراً أم كبيراً، قبضها بنفسه أو قبضها عنه أبوه، وهذا مما لم يختلف فيه أهل المدينة.

#### توثيق المسألة:

جاء في الموطأ: «قال مالك: الأمر عندنا الذي لا اختلاف فيه، أن كل من تصدق على ابنه بصدقة، قبضها الابن، أو كان في حجر أبيه، فأشهد له على صدقته، فليس له أن يعتصر شيئاً من ذلك؛ لأنه لا يرجع في شيء من الصدقة»<sup>(١)</sup>.

وهذا يدل على أن أهل المدينة مطبقون على أن من تصدق بصدقة على ابنه الكبير المالك لنفسه، أو الصغير في حجره، فليس للأب اعتصارها إذا قبضت وحيزت، كما لا يجوز لغير الأب الرجوع فيها أيضاً، لأن الصدقة لله، وما كان لله فلا يتصرف فيه، وهو مذهب المالكية لا يختلفون فيه<sup>(٢)</sup>.

---

(١) الموطأ (ص ٥٣٥).

(٢) الإشراف (٢/ ٨٣)، الكافي (٢/ ١٠٠٨)، المنتقى (٦/ ١١٦).



### مذهب غير المالكية:

وافق أبو حنيفة وأصحابه مالكا في عدم جواز اعتصار الصدقة أصلاً، وبه قال الطبري وبعض الشافعية، وجماعة من الحنابلة، ومذهب الشافعي وأكثر أصحابه، وأحمد في الصحيح من مذهبه، وابن حزم: أنه لا فرق بين الهبة والصدقة في جواز رجوع الأب فيها، فله أن يعتصر ما وهبه أو تصدق به على ولده<sup>(١)</sup>.

وفيما يلي عرض أدلة القولين ومناقشتها:

أدلة المالكية ومن وافقهم على منع الأب من اعتصار ما تصدق به على ولده:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي من الأخبار والآثار والنظر:  
أولاً: أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: «حملت على فرس عتيق<sup>(٢)</sup> في سبيل الله، فأضاعه صاحبه، فظننت أنه بائع برخص، فسألت رسول الله ﷺ عن ذلك، فقال: «لا تبتعه ولا تعد في صدقتك، فإن العائد في صدقته كالكلب يعود في قيئه»، وفي

---

(١) المحلى (٩٩/١٠)، عمدة القارئ (١٣/١٧٤)، بدائع الصنائع (٨/٣٧١٢)، البناية (٧/٨٦٤)، فتح الباري (٥/٢٣٤ - ٢٣٧)، مغني المحتاج (٢/٤٠١)، نهاية المحتاج (٥/٤١٣)، تكملة المجموع (٥/٣٨٢)، (٣٨٤، ٣٨٥). المغني (٦/٢٧٢، ٢٧٣، ٢٧٤)، الإنصاف (٧/١٤٦)، نيل الأوطار (٦/١١٥).

(٢) العتيق: فرس عتيق: رائع كريم. لسان العرب (١٠/٢٣٦).

رواية أخرى: «لا تعد في صدقتك يا عمر»<sup>(١)</sup> ومن حديث ابن عباس، أن النبي ﷺ قال: «إنما مثل الذي يتصدق بصدقة ثم يعود في صدقته، كمثل الكلب يقى ثم يأكل قيأه»<sup>(٢)</sup>، وروي عنه بلفظ: «العائد في هبته كالكلب يرجع في قيئه»<sup>(٣)</sup>.

وجه الدلالة من هذه الأحاديث، هو منع الرجوع في الصدقة مطلقاً، سواء كان المتصدق أباً أم أجنبياً، وكل رواية ذكرت فيها الهبة فهي مفسرة بالصدقة، وهي الهبة التي أريد بها وجه الله تعالى، لأنها الهبة التي لا يرجع فيها، بخلاف التي لم تكن على وجه الصدقة، فإن للأب أن يعتصرها من ابنه.

ومما يؤكد منع الرجوع في الصدقة مطلقاً، نهيه ﷺ لعمر أن يشتري ما تصدق به، وسواء كان النهي عن الشراء للتحريم أو للتنزيه، فإن دلالاته على منع الرجوع في الصدقة بلا عوض أشد وأقوى، قال ابن حجر: وأما الصدقة، فاتفقوا على أنه لا يجوز الرجوع فيها بعد القبض؛ لقول قتادة: لا أعلم القى إلا حراماً،

---

(١) صحيح مسلم، كتاب الهبات- باب كراهية شراء الإنسان ما تصدق به (٣/ ١٢٣٩ - ١٢٤٠)، ونحوه في البخاري، كتاب الهبة- باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته (٣/ ٢١٥).

(٢) صحيح مسلم- باب تحريم الرجوع في الصدقة (٣/ ١٢٤٠ - ١٢٤١).

(٣) البخاري المرجع السابق، ومسلم المرجع السابق.

وقوله ﷺ في رواية ابن عباس: «ليس لنا مثل السوء»<sup>(١)</sup> يقتضي التنفير من أن يتصف المؤمنون بصفة ذميمة، يشبههم فيها أخس الحيوانات، وهذا أبلغ في الزجر، وأدل على تحريم الرجوع في الهبة والصدقة، وإنما يرجع الوالد في الهبة دون الصدقة؛ لورود النص بذلك<sup>(٢)</sup>، ففي فتح الباري قال الطبري: «يخص من عموم هذا الحديث، من وهب بشرط الثواب، ومن كان والدًا والموهوب ولده، والهبة التي لم تقبض، والتي ردها الميراث إلى الواهب، لثبوت الأخبار باستثناء كل ذلك . . . ومما لا رجوع فيه مطلقاً، الصدقة يراد بها ثواب الآخرة»<sup>(٣)</sup>.

ثانياً: قول أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه: «من وهب هبة وأراد بها صلة رحم، أو على وجه صدقة، فإنه لا يرجع فيها»<sup>(٤)</sup>.

وعلى هذا أكثر أهل العلم، حتى زعمه بعضهم إجماعاً، قال ابن رشد: «وأجمعوا على أن الهبة التي يراد بها الصدقة - أي: وجه الله - أنه لا يجوز لأحد الرجوع فيها»<sup>(٥)</sup>.

---

(١) البخاري المرجع السابق، الموطأ (ص ١٩٠-١٩١).

(٢) فتح الباري (٥/٢٣٤ - ٢٣٧)، الموطأ (١٩٠-١٩١)، الزرقاني

(٤٧/٤)، الأبي (٣٣٧/٤)

(٣) فتح الباري (٥/٢٣٦ - ٢٣٧).

(٤) الموطأ (ص ٥٣٤ - ٥٣٥)، المغني (٦/٢٧٤).

(٥) بداية المجتهد (٢/٣٣٢).

ثالثاً: المقصود بالصدقة حصول الثواب من الله تعالى وقد حصل، فصارت كهبة عوض عنها.

وتعقب، بأن حصول الثواب في الآخرة فضل من الله تعالى ليس بواجب، فمن أين القطع بحصوله؟

والجواب: أن الوعد بالثواب حاصل على كل حال، فيمكن أن يكون المراد هو حصول الوعد بالثواب<sup>(١)</sup>.

أدلة المجيزين لرجوع الوالد فيما أعطى ولده من صدقة أو هبة: استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: حديث النعمان بن بشير، وفيه: «تصدق علي أبي ببعض ماله، فقالت أمي عمرة بنت رواحة: لا أرضى حتى تشهد رسول الله ﷺ، فانطلق أبي إلى النبي ﷺ يشهده على صدقتي، فقال له رسول الله ﷺ: «أفعلت هذا بولدك كلهم؟» قال: لا، قال: «اتقوا الله واعدلوا في أولادكم»، فرجع أبي فرد تلك الصدقة<sup>(٢)</sup>، والحديث فيه التصريح بلفظ الصدقة، وقد رجع فيها والد النعمان بعد تنجيزها<sup>(٣)</sup>.

ثانياً: قوله عليه الصلاة والسلام: «لا يحل للرجل أن يعطي

---

(١) بدائع الصنائع (٨/ ٣٧١٢)، البناء (٧/ ٨٦٤).

(٢) صحيح مسلم، كتاب الهبات - كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة (٣/ ١٢٤٢).

(٣) المغني (٦/ ٢٧٤).

العطية، أو يهب الهبة فيرجع فيها، إلا الوالد فيما يعطي ولده..» وهذا الحديث عام في كل ما يعطي الوالد ولده؛ سواء أعطاه على وجه الهبة، أو على وجه الصدقة ولا فرق، والحديث المرفوع أولى من قول عمر، فيقدم عليه، ثم إن قول عمر عام في الوالد وغيره، والحديث خاص بالوالد، فوجب تقديم الخاص على العام<sup>(١)</sup>.

ما يرد على الاستدلال بالحديثين:

أما حديث النعمان بن بشير، فأكثر رواياته جاءت بلفظ الهبة والنحلة والعطية، وعليها تحمل الرواية التي جاءت بلفظ الصدقة، بل هي عند البخاري بلفظ: «فرجع فرد عطيته»<sup>(٢)</sup>، ثم إن سياق الحديث ليس فيه ما يشير إلى أن ما أعطاه والد النعمان له كان على وجه الصدقة، فجميع شواهد تدل على أن ما أعطاه إياه كان على سبيل الإيثار والتفضيل له.

أما استدلالهم بعموم حديث استثناء الوالد من عموم منع الرجوع في الهبة على دخول الصدقة في ذلك العموم، فهذا الاحتمال معارض بما دلت عليه النصوص الصحيحة الصريحة، الدالة على منع الرجوع في الصدقة مطلقاً، سواء كان المتصدق أباً أو أجنبياً<sup>(٣)</sup>.

---

(١) فتح الباري (٥/٢١١)، المغني (٦/٢٧٤).

(٢) صحيح البخاري (٣/٢٠٦)، وقد تقدم.

(٣) الموطأ (ص ١٩٠-١٩١)، فتح الباري (٥/٢٣٤-٢٣٧)، الأبى

(٤/٣٣٧)، الزرقاني (٤/٤٧).

وقد فرق عمر رضي الله عنه بين ما أريد به وجه الله ، وما أريد به غير ذلك<sup>(١)</sup>، ونفى جواز الرجوع في الأول مطلقاً، ولم ينف جواز الرجوع في غيره بإطلاق، فلم يبق الاستثناء شاملاً للرجوع فيما أريد به وجه الله من الصدقات .

#### الترجيح:

عدم الرجوع فيما أعطي لوجه الله تعالى مطلقاً؛ سواء كان المعطي والدأ أم أجنبياً هو الصواب إن شاء الله؛ لأن المنع من الرجوع في الصدقات لغير الأب ثابت بالإجماع، واختلف في استثناء الأب من المنع، ولما كان الأصل عدم الرجوع، وقد اعتضد بأدلة قوية من المنقول والمعقول، مع إجماع أهل المدينة، وهذا كله لم يقابله المخالف إلا بأدلة محتملة لا تقطع بشيء، فبان رجحان مذهب المالكية ومن وافقهم، والله تعالى أعلم .

---

(١) الموطأ (ص ١٩٠ - ١٩١)، الزرقاني (٤/ ٤٦ - ٤٧).

## المبحث الخامس والعشرون

لزوم ردّ قيمة الموهوب للثواب إذا تغير عند الموهوب له  
اختلف العلماء في مشروعية الهبة لأجل الثواب المادي،  
والقائلون بمشروعيتها مختلفون في أسباب فوات ردها، فقال الإمام  
مالك: التغير بالزيادة والنقصان مفيت للهبة، موجب لقيمة يوم  
القبض، وهذا إجماع أهل بلده الذي أطبقوا عليه.

### توثيق المسألة:

جاء في الموطأ: «قال مالك: الأمر المجتمع عليه عندنا، أن الهبة  
إذا تغيرت عند الموهوب له للثواب بزيادة أو نقصان، فإن على  
الموهوب له أن يعطي صاحبها قيمتها يوم قبضها»<sup>(١)</sup>.

وبهذا نعلم، أن القيمة في الهبة للثواب عند مالك غير لازمة  
للموهوب له وإن قبضها، ما لم تتغير عنده بزيادة أو نقصان في  
عينها، فإن حدث فيها شيء من ذلك، فقد فات ردها إلى الواهب،  
ولزم الموهوب قيمتها، وفي رواية عن مالك: أن الزيادة لا تلزم  
معها القيمة، وللموهوب ردها بعينها في الزيادة، وبهذا أخذ ابن  
عبد الحكم، وقال: «ليس الرد إلا باجتماعهما زادت أو نقصت»،  
لكن المشهور عن مالك، والذي عليه أكثر أصحابه وأهل مذهبه،

---

(١) الموطأ (ص ٥٣٥).

وجوب القيمة في الحالين<sup>(١)</sup>.

مذهب غير المالكية في حكم فوات هبة الثواب بالتغير:

ذهب الحنفية إلى أن الزيادة المتصلة بالموهوب تمنع الرجوع، أما إذا كانت الزيادة منفصلة، فإنها لا تمنع الرجوع، سواء كانت متولدة من الأصل أو غير متولدة، ولا تلزم الهبة عندهم أيضاً بالنقصان، فللواهب أن يرجع في بعض الموهوب، ولا يضمن الموهوب للواهب ما نقص من الهبة ولا هلاكها بالمرّة؛ لأن قبض الهبة ليس قبضاً مضموناً، ولا سبيل إلى الرجوع في قيمة الهبة؛ لأن القيمة ليست بموهوبة<sup>(٢)</sup>.

واختلف قول الشافعي، ففي مذهبه الجديد: أن الهبة للثواب باطلة لا تنعقد، وعلى المرجوح، أو مقابل الأظهر من مذهبه - القائل بمشروعية الهبة للثواب - فلا يُفِيَّتْهَا التغير بالزيادة عنده، فإن تلفت العين رجع بقيمتها، ومن أصحابه من قال: لا تجب القيمة؛ لأن حق الواهب في العين وقد تلفت، أما التغير بالنقصان فلا يمنع

---

(١) الإشراف (٢/٨٤)، الكافي (٢/١٠٠٦)، المنتقى (٦/١١٤ - ١١٥)،  
أحكام القرآن (٣/١٤٩٢)، القرطبي (١٤/٣٨ - ٣٩)، الأبي (٤/٣٢٨)،  
الخطاب (٦/٦٧ - ٦٨).

(٢) بدائع الصنائع (٨/٣٦٩٨، ٣٧٠١، ٣٧٠٣)، البناية (٧/٨٣٣ - ٨٣٥).



الرجوع في عين الموهوب، وهل يرجع بأرش النقص؟ فيه وجهان كالوجهين في رد القيمة<sup>(١)</sup>.

وقال الخنابلة: الهبة تمليك في حياته بغير عوض، فإن شرط فيها عوضاً معلوماً صارت بيعاً، وقيل: يغلب فيها حكم الهبة على الصحيح، أما إن شرط ثواباً مجهولاً، فإن الذي عليه أكثر الخنابلة أنها لا تصح، وقيل: تصح ويرضيه بشيء، فإن لم يرض فله الرجوع فيها، وإن تغيرت بزيادة أو نقص، فإن تلفت أخذ قيمتها يوم التلف<sup>(٢)</sup>، وفي المغني قال أحمد: «إذا تغيرت العين الموهوبة بزيادة أو نقصان ولم يثبه فيها، فلا أرى عليه نقصان ما نقص عنده إذا رده إلى صاحبه، إلا أن يكون ثوباً لبسه، أو غلاماً استعمله، أو جارية استخدمها، فأما غير ذلك إذا نقص فلا شيء عليه، فكان عندي مثل الرهن؛ الزيادة والنقصان لصاحبه»<sup>(٣)</sup>. وقال ابن حزم: «لا تجوز هبة يشترط فيها الثواب أصلاً»<sup>(٤)</sup>.

وفي الجملة فإن الجمهور لا يرى الزيادة والنقصان مفوتاً للهبة، وتفوت عندهم بتلف العين كلية، على أن بعضهم لا يرى رد القيمة

---

(١) الأم (٤/٦١-٦٢)، مغني المحتاج (٢/٤٠٤)، تكملة المجموع (٣٨٩، ٣٨٧، ٣٨٦، ٣٨١/١٥).

(٢) الإنصاف (٧/١١٦-١١٧).

(٣) المغني (٦/٣٠٠، ٣٠١، ٣٠٢).

(٤) المحلى (١٠/٧٠-٨٦).

في هذه الحال أيضاً، وتفرد المالكية بقولهم: التغير بالزيادة والنقصان مفوت لهبة الثواب، وموجب لقيمة يوم القبض.

### مناقشة الخلاف بين المالكية والجمهور:

من المخالفين للمالكية من يمنع الهبة للثواب أصلاً، ومنهم من لا يرى جوازها إلا إذا اشترط فيها ثواباً معلوماً، وأجرى عليها أحكام البيع، وأجاز البعض أن يشترط فيها ثواباً مجهولاً، والقليل من غير المالكية من جعل الهبة المطلقة للثواب.

وقد ناقش الشافعي مذهب مالك في لزوم القيمة بتغير الهبة بنقص أو زيادة، فقال: «إنّ اللواهب أن يرجع فيها، ولو تغيرت عند الموهوب له بزيادة كان له أخذها، وكان كالرجل يبيع الشيء وله فيه الخيار، فيزيد عند المشتري، فيختار البائع نقض البيع، فيكون له نقضه وإن زاد فكثرت زيادته، ومذهب مالك خلاف ما روي عن عمر بن الخطاب، لقوله: من وهب هبة يرى أنه إنما أراد بها الثواب، فهو على هبته، يرجع فيها إن لم يرض منها»<sup>(١)</sup>.

وقال أبو حنيفة: «النقص في الهبة لا يمنع رجوع الهبة؛ لأنّ اللواهب أن يرجع في بعض الموهوب مع بقائه بكماله، فكذا إذا نقص»<sup>(٢)</sup>.

---

(١) الأم (٤/٦١).

(٢) بدائع الصنائع (٨/٣٧٠١ - ٣٧٠٢).

وقال أحمد: «الموهوب عندي إذا نقص فلا شيء على الموهوب له؛ لأنه مثل الرهن، الزيادة والنقصان لصاحبه»<sup>(١)</sup>.

كما احتج من قال بلزوم القيمة في حالة النقص، ووجوب الرد في حالة الزيادة، بأن العقد لازم في حق الواهب دون الموهوب له، ولما كانت الزيادة للموهوب له، فله أن يتركها ويرد العطية، بخلاف النقص، فإنه إتلاف لبعض العطية، وليس له أن يردها ناقصة، ولذلك لزمته القيمة بالنقصان دون الزيادة<sup>(٢)</sup>.

وتعقب المالكية ما تقدم من الاعتراضات، فقالوا: ليس في قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه ما يمنع لزوم القيمة عند فوات الموهوب بزيادة أو نقصان، ولا يصح قول من قال بجواز ردّها ناقصة، فإن إتلاف البعض كإتلاف الكل، فلا يصح ردّها ناقصة، ثم إن الموهوب له ضامن لما ذهب من الهبة؛ لأنها لزمته بالقبض، وكذلك تكون الزيادة له، فيمنع من الرد كالبيع<sup>(٣)</sup>، ولأنه إذا تعذر رجوع عين الموهوب لفواته بتغير أو تلف ونحوه، فلا بدل لها إلا القيمة، ولا اعتداد برضى الواهب، فقد لا يرضيه أضعاف قيمة الهبة، وذلك لا يلزم الموهوب له؛ لأنه ضرر مدفوع، ثم إن البدل

---

(١) المغني (٦/ ٢٩٩ - ٣٠٢).

(٢) المنتقى (٦/ ١١٥).

(٣) المرجع السابق.

في الهبة عوض غير مقبوض ، فلا يقف على رضا من يأخذه كسائر  
المعاوضات ، ولأن العوض المسكوت عنه يجب فيه القيمة ، واعتبار  
العرف في ذلك فاسد ؛ إذ لا عرف في ذلك ، وإنما هو على حسب  
ما تسمح به نفس المكافئ وحلاوة الموهوب في نفسه ، ولا اعتبار  
أيضاً بأقل ما يقع عليه الاسم ؛ لأن العرف جار بأن الواهب يهب  
لطلب التقرب ، ونيل رفد الموهوب له ، لا ليخسر ويصير كمن وهب  
لغير عوض ، وعليه فلا بد من اعتبار القيمة<sup>(١)</sup> .

#### الترجيح :

مما تقدم بان لي - والله تعالى أعلم - رجحان مذهب مالك  
المقتضي رد قيمة الموهوب للثواب عند تغيره عند الموهوب له بزيادة أو  
نقصان ؛ لأن ما ذهب إليه مالك قاطع للخصومة ، ومبعد للنزاع ، مع  
الاستثناس بعمل أهل المدينة .

---

(١) الإشراف (٢/ ٨٤) .

## الباب الثالث

### مسائل الأقضية والجنايات والوصايا والفرائض المبنية على عمل أهل المدينة

وفيه سبعة فصول :

الفصل الأول : مسائل عمل أهل المدينة فيما يتصل بالشهادات .

الفصل الثاني : مسائل عمل أهل المدينة فيما يتصل بالقسامة .

الفصل الثالث : مسائل عمل أهل المدينة فيما يتصل بالقصاص في

النفس وما دونها .

الفصل الرابع : مسائل عمل أهل المدينة فيما يتصل بدية النفس وما

دونها .

الفصل الخامس : مسائل عمل أهل المدينة فيما يتصل بالحدود .

الفصل السادس : مسائل عمل أهل المدينة فيما يتصل بالوصايا .

الفصل السابع : مسائل عمل أهل المدينة فيما يتصل بالفرائض .



## الفصل الأول

### مسائل عمل أهل المدينة في الشهادات

وفيه ثلاثة مباحث وهي :

المبحث الأول : القضاء باليمين مع الشاهد الواحد .

المبحث الثاني : قبول شهادة المحدود بعد توبته .

المبحث الثالث : القضاء في شهادة الصبيان .





## المبحث الأول

### القضاء باليمين مع الشاهد الواحد

دلت نصوص القرآن المحكمة وإجماع الأمة على قبول البينة بشهادة رجلين، أو رجل وامرأتين، وزادت السنة القضاء بيمين الطالب مع الشاهد الواحد، وقد صحح الإمام مالك الحكم باليمين مع الشاهد الواحد، وأخذ به لثبوته نصاً وعملاً متوارثاً في دار الهجرة.

#### توثيق المسألة:

«قال مالك: مضت السنة في القضاء باليمين مع الشاهد الواحد، يحلف صاحب الحق مع شاهده ويستحق حقه، فإن نكل وأبى أحلف المطلوب، فإن حلف سقط عنه ذلك الحق، فإن أبى أن يحلف ثبت عليه الحق لصاحبه»<sup>(١)</sup>، وجاء في المدونة: «وأما في الحقوق فإنها جاءت السنة بشاهد ويمين»<sup>(٢)</sup>.

وقد أكد فقهاء المالكية - بقوة - اعتبار عمل أهل المدينة في هذه المسألة قاطعاً لا شك فيه، قال ابن عبد البر: «القضاء باليمين مع الشاهد هو الذي لا يجوز عندي خلافه، لتواتر الآثار به عن النبي ﷺ وعمل أهل المدينة به قرناً عن قرن»، إلى أن يقول: «وحسبك به

---

(١) الموطأ (ص ٥١١).

(٢) المدونة الكبرى (٥/١٣٤) ..

عملاً متوارثاً بالمدينة»<sup>(١)</sup>، وفي الكافي: «هو العمل المستفيض عند أهل المدينة، والمنقول عن السلف والخلف منهم»<sup>(٢)</sup>.

وقال الباجي: «اتفق علماء المدينة وأئمتهم وأعلامهم على الحكم باليمين مع الشاهد»<sup>(٣)</sup>.

وقال الزرقاني: «لا يتطرق النسخ إلى القضاء باليمين مع الشاهد؛ لاتصال العمل به في المدينة»<sup>(٤)</sup>.

وموضوع القضاء باليمين مع الشاهد لا يكون عند مالك إلا في الأموال خاصة، ولا يقضى به في شيء من الحدود، ولا في نكاح أو طلاق أو عتاقة، ويكون حلف المدعي مع شاهده على البتات كما شهد به الشاهد، ولا يقبل منه أن يحلف على العلم بأن الشاهد لم يشهد له بباطل، ويقضى باليمين مع الشاهد عند مالك في كل البلدان، ولم تختلف الرواية عنه في القضاء باليمين مع الشاهد، وعلى ذلك جميع أصحابه بالمدينة ومصر وغيرهما، ولا يعرف أتباعه مذهباً لهم في ذلك سواه إلا ما ذكر عن يحيى بن يحيى الليثي، فإنه خالف مالكا في مسألة القضاء باليمين مع الشاهد؛ لأنه

---

(١) التمهيد (٢/١٥٤، ١٥٥، ١٥٧).

(٢) الكافي (٢/٩٠٩).

(٣) المنتقى (٥/٢٠٩).

(٤) شرح الموطأ (٣/٣٩٠).

لم ير الليث بن سعد يفتي به ولا يذهب إليه<sup>(١)</sup>.

مذهب غير المالكية في مسألة القضاء باليمين مع الشاهد:

وافق الإمام مالكاً في القضاء باليمين مع الشاهد في الجملة الإمامان: الشافعي وأحمد وأصحابهما، وهو المروي عن جماهير الصحابة رضوان الله عليهم؛ منهم الخلفاء الأربعة، وأبي، وابن عباس وغيرهم، وكتب به عمر بن عبد العزيز إلى عماله في جميع الأمصار، وبه قال فقهاء المدينة السبعة، والحسن، وشريح، وإياس وعبد الله بن عتبة، وأبو سلمة بن عبد الرحمن، ويحيى بن يعمر، وربيعة، وابن أبي ليلى، وأبو الزناد، وداود بن علي، وأبو ثور، وأكثر فقهاء الأمصار<sup>(٢)</sup>.

وخالف جمهور السلف والخلف أبو حنيفة وأصحابه، فقالوا بعدم جواز القضاء باليمين مع الشاهد أصلاً، لا في الأموال ولا في غيرها، ووافقهم على ذلك الثوري، والأوزاعي، وعطاء، والحكم

---

(١) التمهيد (٢/ ١٥٤ - ١٥٧)، البيان والتحصيل (٩/ ٤٣٦)، الكافي

(٢/ ٩٠٩)، الإشراف (٢/ ٢٨٥)، القرطبي (٣/ ٣٩٣)، المتقى (٥/ ٢٠٨ -

٢٠٩)، الزرقاني (٣/ ٣٩٠).

(٢) السنن الكبرى (١٠/ ١٧٠، ١٧٣ - ١٧٥)، مصنف ابن أبي شيبة

(٧/ ٢٤٤ - ٢٤٥)، التمهيد (٢/ ١٥٤ - ١٥٧)، النووي على مسلم

(١٢/ ٤)، المغني (١٢/ ١٠)، بداية المجتهد (٢/ ٤٦٨)، مغني المحتاج (٣/ ٤٤٣)

(٤)، نيل الأوطار (٩/ ١٩٣)، تكملة المجموع (٢/ ٢٥٧ - ٢٦٠).

ابن عتبة، والزهرى، والنخعي، وابن شبرمة، وجمهور أهل العراق،  
والليث بن سعد، ويحيى بن يحيى الليثي من المالكية<sup>(١)</sup>.

وفيما يلي عرض أدلة الطرفين ومناقشتها:

أدلة المثبتين للقضاء باليمين مع الشاهد:

استدل مالك والجمهور لإثبات الحكم باليمين مع الشاهد بالأخبار  
والآثار والنظر.

وبرهانهم من الأخبار المرفوعة ما يلي:

عن ابن عباس رضي الله عنهما، أن رسول الله ﷺ «قضى بيمين  
وشاهد»<sup>(٢)</sup>، وفي الباب أحاديث كثيرة من رواية علي، وزيد بن ثابت  
وجابر، وأبي هريرة، وعمار بن حزم، وسعد بن عباد، وعبد الله  
ابن عمرو، والمغيرة بن شعبة، وسرق، وغيرهم، حتى زاد عدد من  
روى القضاء بيمين وشاهد على نيف وعشرين صحابياً<sup>(٣)</sup>، أصحابها

---

(١) التمهيد (٢/ ١٥٤ - ١٥٧)، النووي على مسلم (٤/ ١٢)، القرطبي

(٣/ ٣٩٢)، بدائع الصنائع (٨/ ٣٩٢٣)، المغني (١٢/ ١٠)، بداية المجتهد

(٢/ ٤٦٨)، مغني المحتاج (٤/ ٤٤٣)، الزرقاني (٣/ ٣٨٩)، نيل الأوطار

(٩/ ١٩٣).

(٢) صحيح مسلم، كتاب الأقضية - باب القضاء باليمين والشاهد

(٢/ ١٣٣٧).

(٣) أحسن أحاديث الباب بعد حديث ابن عباس حديث أبي هريرة عند أبي =

حديث ابن عباس، فقد أخرجه مسلم في الصحيح، وقال ابن

= داود (٣٤/٤)، والترمذي (٢١-٢٢/٥)، وابن ماجه (٤٩/٢)، ويليهِ حديث جابر، رواه الترمذي (٢٣/٥)، وحديث علي عند الدارقطني (٢١٢/٤)، وحديث سرق عند ابن ماجه (٤٩/٢)، وغيرها من الأحاديث. وقد زعم بعضهم أن حديث ابن عباس غير محفوظ، وقال الطحاوي: «إنه لا يعلم قيساً يحدث عن عمرو بن دينار بشيء». شرح معاني الآثار (١٤٥/٤)، وقال الترمذي: «سألت محمداً يعني البخاري عن هذا الحديث فقال: لم يسمعه عندي عمرو من ابن عباس»، وقد أخرج الدارقطني ما يوافق قول البخاري؛ لأنه رواه عن عمرو ابن دينار، عن طاوس، عن ابن عباس (٢١٤/٤)، وهي رواية غير صحيحة، لأن في سندها محمد بن ربيعة القدامي وهو متروك، وأجيب بأن ما قيل في حديث ابن عباس غير مسلم بالمرّة، فقد أخرجه مسلم في صحيحه، وصححه الأئمة الحفاظ كما تقدم، وعدم علم الطحاوي بسماع قيس عن عمرو لا ينافي بسماع غيره، قاله البيهقي، ثم روى حديث الذي وقصته ناقلته بإسناد جيد، وقد سمعه قيس بن سعد عن عمرو بن دينار، ثم قال: ليس من شرط قبول رواية الأخبار كثرة رواية الراوي عمن روى عنه، بل يجب قبول رواية الثقة عمن لا ينكر سماعه منه ولو كان حديثاً واحداً، وإن لم يكن يروي عنه غيره، على أن قيساً قد توبع عليه، وقول الترمذي: إن البخاري قال: لم يسمع عمرو من ابن عباس لا يصح؛ لقول الحاكم: قد سمع عمرو من ابن عباس عدة أحاديث، وسمع جماعة من أصحابه عنه، وأما رواية عصام البلخي وغيره ممن زاد بين عمرو وابن عباس طاوساً، فهو لاء ضعفاء، ورواية الثقات لا تعلل برواية الضعفاء، قاله البيهقي، وفي الباب عن أبي هريرة أخرجه الترمذي وقال: «حديث حسن غريب»، وقال ابن حجر: «رجاله مدنيون ثقات»، وأخرج أيضاً حديث علي وقال: «المرسل منه أصبح من المرفوع»، لكن جماعة من الثقات حفظوه عن جابر مرفوعاً والقول قولهم؛ لأنهم زادوا وهم ثقات وزيادة الثقة مقبولة، وقد صححه أبو عوانة وابن خزيمة، وحديث عمارة قال في مجمع الزوائد: «رجاله ثقات»، وحديث سعد =

عبد البر: «لا مطعن لأحد في إسناده، ولا خلاف بين أهل المعرفة

= ابن عبادة فيه إسماعيل بن عمرو، وهو شيخ محله الصدق، وأبوه لم يذكر بشيء، وسائر رجاله رجال الصحيح، قاله الحافظ الحسيني، وصحح أبو زرعة وأبو حاتم حديثي أبي هريرة وزيد بن ثابت. وحديث سرق أخرجه ابن ماجه وقال: «رجاله رجال الصحيح؛ لولا الجهالة في واحد منهم»، وطرق الحديث كثيرة جداً. ومنها زيادة على ما تقدم ما روي عن عمر بن الخطاب، وزيب، وعبد الله بن عمرو، وعبد الله بن عمر، وأبو سعيد الخدري، وبلال بن الحرث ومسلمة بن قيس، وعامر بن ربيعة، وسهل بن سعد، وتميم الداري، وأم سلمة، وأنس، وذكر ابن الجوزي عدد من رواه فزاد على العشرين صحابياً، قال: «وأصح طرقه حديث ابن عباس، ثم حديث أبي هريرة، وفي اليمين مع الشاهد آثار متواترة حسان ثابتة متصلة»، وقال ابن عبد البر: «أصحها إسناداً حديث ابن عباس، وأما حديث أبي هريرة وحديث جعفر بن محمد وغيرها فحسان»، وقال ابن حزم: «فهذه آثار متظاهرة لا يحل تركها»، وقال الشافعي: «حديث ابن عباس ثابت عن رسول الله ﷺ لا يرد أحد من أهل العلم مثله»، وقال الزرقاني: «حديث ابن عباس له طرق كثيرة وكلها متواترة». انظر سنن الترمذي (٢٤/٥ - ٢٤)، سنن ابن ماجه (٤٩/٢)، سنن البيهقي (١٠/١٦٧ - ١٧٦)، سنن الدارقطني (٤/٢١٢ - ٢١٥)، المستدرک للحاكم (٣/٥١٧)، شرح معاني الآثار للطحاوي (٤/١٤٤ - ١٤٨)، مجمع الزوائد (٤/٢٠٢ - ٢٠٣)، تلخيص الحبير (٤/٢٠٥ - ٢٠٦)، التمهيد (٢/١٣٤ - ١٥٣)، المحلى (١٠/٥٨٥ - ٥٨٦)، النووي على مسلم (٤/١٢)، نصب الراية (٤/٩٦ - ١٠٠)، الزرقاني (٣/٣٨٩)، مغني المحتاج (٤/٤٤٣)، نيل الأوطار (٩/١٩٠ - ١٩٣)، ومما تقدم اتضح أن حديث القضاء باليمين مع الشاهد مقطوع بصحته، لا يرتاب في ذلك مسلم؛ لوروده من طرق كثيرة منها الصحيحة وهي متعددة، وفيها الحسان والضعاف، وشهرة الحديث تثبت بما دون ذلك، فصح أنه حديث مشهور، بل كاد أن يكون متواتراً.

في صحته، وباقي الأحاديث حسان»، وقال ابن خزم وغيره: «هذه آثار متظاهرة، كادت تبلغ حدَّ التواتر، فلا يحل تركها، وكلها تفيد جواز القضاء بشاهد ويمين، فوجب أن يحكم بذلك في جميع قضايا الأموال»<sup>(١)</sup>.

ما أورده الحنفية على الاستدلال بالحديث :

أورد الحنفية على حديث القضاء باليمين مع الشاهد جملة إیرادات وذلك كما يلي :

١- طعن الحنفية في صحة حديث القضاء باليمين مع الشاهد؛ لقول يحيى بن معين: «لم يصح عن رسول الله ﷺ القضاء بشاهد ويمين»، وأعلوا حديث ابن عباس بالانقطاع<sup>(٢)</sup>.

٢- الحديث على تقدير صحته فهو حادثة عين لا عموم له؛ لأن قول الصحابي: نهى النبي ﷺ عن كذا أو قضى بكذا لا يفيد العموم؛ فإن الحجة في المحكي لا في الحكاية، على أن المحكي قد

---

(١) الموطأ (ص ٥١١)، الأم (٦/٢٥٤-٢٥٥)، التمهيد (٢/١٣٤ - ١٥٦)، المحلى (١٠/٥٨٥-٥٨٦)، النووي على مسلم (٤/١٢)، الإشراف (٢/٢٨٥)، القرطبي (٣/٣٩٤)، المتقى (٥/٢٠٨-٢٠٩)، نصب الرأية (٤/٩٩-١٠٠)، بداية المجتهد (٢/٤٦٨)، المغني (١٢/١٠-١١)، الزرقاني (٣/٣٨٩)، مغني المحتاج (٤/٤٤٣)، نيل الأوطار (٩/١٩٠-١٩٥)، تكملة المجموع (٢٠/٢٥٧).

(٢) نصب الرأية (٤/٩٦-٩٨)، بدائع الصنائع (٨/٣٩٢٤).

يكون خاصاً، ثم إن القضاء له معان أقربها في هذا الموضع فصل المنازعات، وهذا مما يتعين فيه الخصوص، وعلى هذا يكون المعنى: أن النبي ﷺ قضى بجنس الشاهد وجنس اليمين، إذ الجنس يتحقق بواحد، وليس المراد استغراق جنس الشاهد وجنس اليمين حتى يكون ذلك حكماً دائماً إلى قيام الساعة<sup>(١)</sup>.

٣- يحتمل أن يكون النبي ﷺ إنما حكم في ذلك بشهادة خزيمة ابن ثابت، فقد خصه النبي ﷺ بأن جعل شهادته تعدل شهادة رجلين.

٤- قد روي عن بعض الصحابة أن النبي ﷺ قضى بشاهد ويمين في الأمان، والقضاء بشاهد واحد عندنا في بعض أحكام الأمان جائز إذا كان الشاهد عدلاً، وعليه فلو شهد مسلم أنه آمن كافراً قبلت شهادته وعصم دم من آمنه، إلا أنه لا يمنع استرقاقه.

٥- لعل المراد أن النبي ﷺ قضى بيمين المدعى عليه مع شاهد المدعي، فيكون المعنى أن الشاهد الواحد لا يكفي في ثبوت الحق، فيجب اليمين على المدعى عليه.

٦- قد يكون الحكم في صورة مخصوصة، مثل أن يبيع رجل حيواناً فيدعي المشتري به عيباً ينكره البائع، فيأتي المشتري بشاهد من أهل الخبرة يشهد له بذلك وحده، فإن أصر البائع على ادعاء البيع

---

(١) نصب الرأية (٩٦/٤ - ٩٩)، القرطبي (٣/٣٩٤).



بالبراءة دون أن تكون له بيئة حلف المشتري أنه ما اشترى على البراءة ،  
ويقضى له بالرد بشاهده ويمينه ، ومثل هذه الصورة نقبل فيها الشاهد  
الواحد مع اليمين فتكون هي المرادة بالحديث ، ولما كانت اليمين من  
باب ما يحتاط فيه فحمله على بعض ما تقدم أولى توفيقاً بين الدلائل  
وصيانتها عن التناقض (١).

٧- عارضوا الخبر السابق بنصوص أوجبت نسخه أو تأويله  
سأذكرها فيما بعد .

مناقشة ما ورد على حديث القضاء باليمين مع الشاهد :

ناقش الجمهور إيرادات المخالفين بالتفصيل ، فقالوا : إن الطعن  
في صحة حديث القضاء باليمين مع الشاهد باطل وفي غاية  
السقوط ؛ لأن حديث ابن عباس أخرجه مسلم في صحيحه ، وقطع  
بصحته كبار الحفاظ ، وفوق ذلك فقد ورد من طرق كثيرة زادت على  
العشرين ، أكثرها صحيح أو حسن فمثل هذا الحديث إن لم يكن  
متواتراً ، فهو من أكثر الأحاديث المستفيضة شهرة وأقواها حجة (٢).

(١) بدائع الصنائع (٨/ ٣٩٢٤) ، المتقى (٥/ ٢٠٨-٢٠٩) ، القرطبي  
(٣/ ٣٩٤) ، نيل الأوطار (٩/ ١٩٤-١٩٥) .

(٢) الموطأ (ص ٥١١) ، الأم (٦/ ٢٥٤-٢٥٥) ، التمهيد (٢/ ١٣٤ -  
١٥٦) ، المحلى (١٠/ ٥٨٥-٥٨٦) ، النووي على مسلم (٤/ ١٢) ، الإشراف  
(٢/ ٢٨٥) ، نصب الراية (٤/ ٩٩-١٠٠) ، القرطبي (٣/ ٣٩٤) ، نيل الأوطار  
(٩/ ١٩٥-١٩٠) ، وانظر الحاشية التي تقدم تخريج الحديث فيها .

ولا يلتفت إلى زعمهم بأن ما ورد في الحديث قضية عين لا عموم لها؛ لأن الحديث ظاهر في تأسيس قاعدة الشاهد واليمين، فكأن الراوي قال: أوجب رسول الله ﷺ الحكم باليمين مع الشاهد، ويشهد لهذا المعنى ما رواه أبو داود من حديث ابن عباس، أن رسول الله ﷺ «قضى بيمين وشاهد في الحقوق»<sup>(١)</sup>، وما وقع في الترمذي والبيهقي والدارقطني: أنه عليه الصلاة والسلام «قضى باليمين مع الشاهد الواحد»<sup>(٢)</sup>، وعند الدارقطني أيضاً بلفظ: «قضى الله ورسوله في الحق بشاهدين، فإن جاء بشاهدين أخذ حقه، وإن جاء بشاهد واحد حلف مع شاهده»<sup>(٣)</sup>. ومجموع هذه الروايات يؤكد عموم القضاء بشاهد ويمين في جميع الحقوق، وإلى قيام الساعة<sup>(٤)</sup>.

---

(١) سنن أبي داود، كتاب الأقضية - باب القضاء باليمين والشاهد (٤/ ٣٢ - ٣٤).

(٢) سنن الترمذي، أبواب الأحكام - باب ما جاء في اليمين مع الشاهد (٥/ ٢٢-٢٣)، السنن الكبرى، كتاب الشهادات - باب القضاء باليمين مع الشاهد (١٠/ ١٦٧-١٦٩)، سنن الدارقطني، كتاب الأقضية والأحكام (٤/ ٢١٢).

(٣) سنن الدارقطني (٤/ ٢١٣)، وبنحوه عند البيهقي، السنن الكبرى (١٠/ ١٧١).

(٤) القرطبي (٣/ ٣٩٣)، نصب الراية (٤/ ٩٦ - ٩٩).

ولا اعتداد بما توهموه من أن المراد بالشاهد الواحد خزيمة بن ثابت، فإن شهادته تعدل شهادة رجلين؛ لأن شهادة خزيمة حكم اختص بالنبي ﷺ فلا يتعدى لغيره، ولو سلمنا أن شهادة خزيمة تتعدى لغير النبي ﷺ فلا صحة لقولهم: «إن شهادته هي المرادة بحديث القضاء بالشاهد واليمين»؛ لأن المخالف نفسه لا يقول إن النبي ﷺ حلف مع شهادة خزيمة، ثم إن النبي ﷺ جعل شهادته بشهادة رجلين فلا معنى لليمين، وحديثنا يقتضي القضاء باليمين مع الشاهد، وإن كانت شهادته لغيره من المسلمين شهادة رجل واحد فهو كغيره من الشهود<sup>(١)</sup>.

أما دعواهم بأن المراد بالحديث صورة مخصوصة كبعض أحكام الأمان، أو بعض صور الرد بالعيب، فهي في غاية السقوط؛ لأن الصورة الأولى ليس فيها شاهد بالمرة؛ فإن المؤمّن صدّق بدعواه ولم يطلب منه إحضار شاهد واحد ولا شاهدين، والجواب على الصورة الثانية: أن الحديث يقتضي القضاء باليمين مع الشاهد، وصاحب الخبرة ليس بشاهد، وإنما هو مخبر عن علمه، ولو كان من العيوب المعلومة لعموم الناس لم يقبل إلا شاهدان، ثم إن ما زعموه من رد المبيع المعيب بشاهد ويمين بعيد عن محل النزاع؛ لأن الحديث يقتضي القضاء باليمين مع الشاهد في قضية واحدة وما ذكرتموه قضيتين،

---

(١) المنتقى (٥/٢٠٨-٢٠٩).

لأنه ثابت بالشاهد ثبوت العيب، وثبت بيمين المشتري نفي شرائه بالبراءة، وهاتان قضيتان قضى في إحداهما بالشاهد ولم يتعلق اليمين بها، وقضى في الثانية باليمين دون أن يكون معه شاهد، ومع ذلك فهذه الصور نادرة الحدوث، والخبر لا يحمل على النادر<sup>(١)</sup>.

وتأويلهم للحديث بمعنى أن الشاهد الواحد لا يكفي في ثبوت الحق فتجب اليمين على المدعى عليه تعسف وإهمال للغة؛ لأن المعية تقتضي أن تكون من شيئين في جهة واحدة، إذ لو كان ما زعمتموه حقاً لقال: قضى باليمين مع وجود الشاهد، أو قضى باليمين ورد شهادة الشاهد<sup>(٢)</sup>.

وبالجملة فإن كل ما تقدم من إيرادات هزيل ولا نفاق له في سوق المناظرة عند من له أدنى إلمام بالمعارف العلمية<sup>(٣)</sup>، وستأتي مناقشة النصوص التي عارضوا بها حديث اليمين مع الشاهد عند بسط أدلتهم.

استدلال مالك والجمهور بالآثار على ثبوت القضاء باليمين مع الشاهد:

للجمهور من الآثار الموقوفة ما يلي:

---

(١) المنتقى (٢٠٨/٥ - ٢٠٩)، نيل الأوطار (٩/١٩٤ - ١٩٥).

(٢) المراجع السابقة.

(٣) نيل الأوطار (٩/١٩٤ - ١٩٥).

ثبت القضاء باليمين مع الشاهد عن جماعة من الصحابة منهم:  
أبو بكر، وعمر، وعثمان، وعلي، وأبي بن كعب، وعبد الله بن  
عمر، وبلال بن الحارث، وأبو سعيد الخدري، ومعاوية، ولم يأت  
عن واحد من الصحابة أنه أنكر اليمين مع الشاهد، وعلى القول به  
جمهور التابعين ومن بعدهم، منهم سعيد بن المسيب، وأبو سلمة بن  
عبد الرحمن، والقاسم بن محمد، وسالم، وأبو بكر بن  
عبد الرحمن<sup>(١)</sup>، وعبيد الله بن عبد الله، وخارجة بن زيد،  
وسليمان بن يسار، وعلي بن حسين، وأبو جعفر محمد بن علي،  
وأبو الزناد، وعمر بن عبد العزيز، وشريح، وربيعه، ويحيى بن  
سعيد الأنصاري، وإياس بن معاوية<sup>(٢)</sup>، ويحيى بن معمر.

---

(١) أبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام القرشي المدني، كان أحد  
الفقهاء السبعة، روى عن أبيه وأبي هريرة وعمار بن ياسر وغيرهم رضي الله  
عنهم، وعنه القاسم بن محمد بن عبد الرحمن والزهري وعمر بن عبد العزيز  
وعدة، متفق على توثيقه، أخرج له الجماعة، من الثالثة، ولد في خلافة عمر،  
ومات سنة (٩٤هـ) وقيل غير ذلك. تاريخ الشقات (٤٩٢)، الكاشف  
(٣/٣١٥)، تهذيب التهذيب (١٢/٣٠ - ٣١).

(٢) هو أبو وائلة إياس بن معاوية بن قرة المزني قاضي البصرة، روى عن  
أنس وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبير وغيرهم، وعنه أيوب وحמיד الطويل  
وشعبة وعدة، ثقة، توفي سنة (١٢٢هـ)، وكان مولده سنة (٤٦هـ). الشقات  
للعجلي (٧٥)، وفيات الأعيان (١/١٢٣ وما بعدها)، ميزان الاعتدال  
(١/٢٨٣)، تهذيب التهذيب (١/٣٩٠ - ٣٩١).

وبه جرى العمل في المدينة، وهو مذهب الأئمة الثلاثة وأصحابهم وجماعة أهل الأثر<sup>(١)</sup>.

قال ابن عبد البر: «وإن كان في بعض الأسانيد عن بعض الصحابة ضعف، فإننا لم نذكرهم على سبيل الحجة؛ لأن الحجة قد لزمت بالسنة الثابتة، ولا تحتاج السنة إلى من يتابعها؛ لأن من خالفها محجوج بها»<sup>(٢)</sup>.

استدلال الجمهور بالمعقول على ثبوت القضاء باليمين مع الشاهد:

وللجمهور من القياس والنظر ما يلي:

١- تبين بالقياس والنظر أن اليمين أقوى من المراتين؛ لأن المراتين لا مدخل لهما في اللعان، واليمين تدخل في اللعان، ولما جاز الحكم بشهادة امرأتين ورجل في الأموال، كان الحكم فيها بشهادة رجل واحد ويمين أولى وأحرى.

---

(١) الموطأ (ص ٥١١)، السنن الكبرى (٢/ ١٧٠، ١٧٣-١٧٥)، سنن الدارقطني (٤/ ٢١٥)، مصنف ابن أبي شيبة (٧/ ٢٤٤-٢٤٥)، الأم (٦/ ٢٥٥)، التمهيد (٢/ ١٥٣-١٥٤)، المحلى (١٠/ ٥٨٣-٥٨٤)، النووي على مسلم (١٢/ ٤)، القرطبي (٣/ ٣٩٢-٣٩٣)، نصب الرأية (٤/ ١٠٠)، المغني (١٢/ ١٠)، بداية المجتهد (٢/ ٤٦٨)، نيل الأوطار (٩/ ١٩٣).  
(٢) التمهيد (٢/ ١٥٣-١٥٤).

٢- الأصل أن من قوي سببه وظهر صدقه حلف واستحق، لذلك شرعت اليمين في حق صاحب اليد، وفي حق المنكر، والقسامة؛ لقوة جنبه كل واحد منهم، والمدعي في مسألتنا قد قويت حجته بالشاهد وظهر به صدقه، فوجب أن تشرع اليمين في حقه كما شرعت في حق صاحب اليد وغيره.

٣- لما جاز للمدعى عليه أن يسقط المطالبة عن نفسه باليمين، جاز أن يثبت اليمين في جهة المدعي أيضاً؛ لأنه أحد المتداعين<sup>(١)</sup>.

#### أدلة المانعين للحكم باليمين مع الشاهد:

عارض الحنفية حديث الجمهور بنصوص من الكتاب والسنة، كما احتجوا أيضاً بالآثار والمعقول، وفيما يلي عرض ذلك كله:

أولاً: حججتهم من الكتاب قول الله عز وجل: ﴿... وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ...﴾<sup>(٢)</sup>، وهذه الآية قد بينت أقسام الشهادة وعددها بياناً وافياً لا مزيد عليه؛ لأن الله تعالى إذا تكلم على حكم في كتابه، فلا يجوز أن يكون سكت عنه وقد بقي منه شيء، فليس لأحد أن يزيد شيئاً على ما تكفل الله ببيانه، والحكم

---

(١) التمهيد (٢/١٥٦)، الإشراف (٢/٢٨٥)، المتقى (٥/٢٠٩)،

القرطبي (٣/٣٩٤)، المغني (١٢/١١)، بداية المجتهد (٢/٤٦٨).

(٢) البقرة (٢٨٢).

باليمين مع الشاهد في الخبر زيادة على ما بين الله وقسمه في كتابه، وهذا نسخ، ولا ينسخ القرآن بالسنة غير المتواترة؛ لأن أخبار الأحاد لا تنسخ المتواتر<sup>(١)</sup>.

ثانياً: واستدلوا من السنة بحديثين وهما:

الأول: قوله عليه الصلاة والسلام: «البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه»<sup>(٢)</sup>، والاستدلال بالحديث من وجهين:

- 
- (١) الجصاص (١/ ٥١٤ - ٥١٩)، اللباب (٢/ ٥٨٧)، الأم (٨/ ٣٠٧ - ٣٠٨)، القرطبي (٣/ ٣٩٢)، بداية المجتهد (٢/ ٤٦٨)، المغني (١٢/ ١٠ - ١١)، الزرقاني (٣/ ٣٨٩)، نيل الأوطار (٩/ ١٩٣ - ١٩٤).
- (٢) هذا الحديث أخرجه الترمذي عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده في أبواب الأحكام. باب ما جاء أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه (٥/ ٢٠)، والدارقطني في كتاب الأقضية والأحكام (٤/ ٢١٨)، وقد أعلاه الترمذي بقوله: «هذا الحديث في إسناده مقال» (٥/ ٢٠)، وقال الحافظ ابن حجر: «إسناده ضعيف»، تلخيص الحبير (٤/ ٢٠٨)، وفي نصب الراية: «في سند هذا الحديث محمد بن عبيد الله العرزمي، وهو يضعف في الحديث من قبل حفظه، ضعفه ابن المبارك وغيره، وفي طريق الدارقطني حجاج بن أرطاة وهو ضعيف ولم يسمعه من عمرو بن شعيب، وإنما أخذه من العرزمي عنه والعرزمي متروك قاله صاحب التنقيح». نصب الراية للزيلعي (٤/ ٣٩٠ - ٣٩١)، غير أن كل ما قيل في سند هذا الحديث لا يقضى عليه، فقد أخرج البيهقي نحوه، السنن للبيهقي، كتاب الدعوى والبيّنات. باب البينة على المدعي (١٠/ ٢٥٢ - ٥٣)، قال الحافظ ابن حجر: «إسناده حسن»، فتح الباري (٥/ ٢٨٢ - ٢٨٣)، ثم إن =



(أولهما): أن النبي ﷺ أوجب اليمين على المدعى عليه، ولو كانت حجة في حق المدعي لم تكن واجبة على المدعى عليه، والقول بعدم وجوبها عليه خلاف لنص الحديث

(ثانيهما): أنه عليه الصلاة والسلام حصر اليمين في جانب المدعى عليه، لأنه ذكر اليمين معرفة بلام التعريف فاقتضى ذلك استغراق كل الجنس، ولو جعلت حجة للمدعي أيضاً لانتقض الحصر الثابت في الحديث وهذا خلاف النص<sup>(١)</sup>.

الثاني: ما أخرجه البخاري، عن الأشعث بن قيس قال: «كانت

---

= شطر هذا الحديث مخرج في الصحيحين وبقية الكتب الستة، فهو في البخاري ومسلم بلفظ «... لكن اليمين على المدعى عليه»، صحيح البخاري، شهادات - باب اليمين على المدعى عليه (٣/ ٢٣٢- ٢٣٣)، صحيح مسلم، أفضية - باب اليمين على المدعى عليه (٣/ ١٣٣٦)، وفي لفظ للبخاري وبقية الستة: أن النبي ﷺ «قضى أن اليمين على المدعى عليه». أبو داود، أفضية - باب اليمين على المدعى عليه (٤/ ٤٠)، الترمذي، أحكام - باب ما جاء في أن البينة على المدعي... (٥/ ٢١)، النسائي، قضاة - باب عظة الحاكم على اليمين (٨/ ٢٤٨)، ابن ماجه، أحكام - باب البينة على المدعي... (٢/ ٤٠)، وكل هذا يقوي حديث الترمذي، فلا يشك أحد في صحة معناه، وهو قاعدة كبيرة من قواعد أحكام الشرع. انظر التمهيد (٢٣/ ٢٠٦- ٢٠٧)، الأبي (٤/ ٣٩٥)، اللباب (٢/ ٧٣٧)، البناية (١٠/ ٣٣٢- ٣٣٣).

(١) بدائع الصنائع (٨/ ٣٩٢٤)، اللباب (٢/ ٥٨٤).

بيني وبين رجل خصومة في شيء، فاختصمنا إلى رسول الله ﷺ، فقال: شاهداك أو يمينة<sup>(١)</sup>. وفيه أيضاً حصر للحكم ونقض للحجة كل واحد من الخصمين في غير ما بين، ولا يجوز في حقه عليه الصلاة والسلام عدم استيفاء أقسام الحجة للمدعي، إذ لو كان العمل بالشاهد واليمين مشروعاً لبينه، وما دام لم يذكره وقت الحاجة إليه دل على عدم مشروعيته<sup>(٢)</sup>.

ما يرد على الاستدلال بالآية والحديثين على نفي القضاء بالشاهد واليمين:

ناقش الجمهور استدلال المخالف بآية البقرة- التي بينت أقسام الشهادة وعدد الشهود- على النحو التالي:

قالوا: إن معارضة حديث القضاء بالشاهد واليمين بآية الدين التي بينت أقسام الشهادة وعدد الشهود في غاية الفساد؛ لأن الأصل الذي بني عليه هذا الاستدلال وهو عدم جواز نسخ الكتاب بالسنة مما اختلف فيه أهل العلم كثيراً، ولو سلمنا بصحته أو قطعنا النظر عن ذلك فما نحن بصدده لا شأن له بمسألة النسخ إطلاقاً؛ لأن الحكم

---

(١) صحيح البخاري، كتاب الشهادات- باب حدثنا عثمان بن أبي شيبة (٣/٣٣٣).

(٢) بدائع الصنائع (٨/٣٩٢٤)، بداية المجتهد (٢/٤٦٨)، المغني (١١/١٠-١١).

بالشاهد مع اليمين الثابت بالخبر الصحيح زيادة مستقلة بحكم مستقل ، وما ورد في الآية من التنصيص على شهادة رجلين أو رجل وامرأتين ، لا ينافي ولا يعارض ما أثبتته السنة ، وليس في الآية ما يرد قضاء رسول الله ﷺ باليمين مع الشاهد ، فإن النص على الشيء لا ينافي ما عداه ، ثم إن النسخ المعروف عند أهل العلم : هو رفع الحكم وإزالته ، ولا رفع هنا ، بل هو تقرير له ، لأنه لا يمنع الحكم بالشاهدين ولا يرفعه ، وأيضاً فالنسخ والمنسوخ لا بد أن يتواردا على محل واحد ، وهذا غير متحقق في الزيادة على النص ، وغاية ما فيه اصطلاحهم على تسمية الزيادة والتخصيص نسخاً ، فلا يلزم منه نسخ الكتاب بالسنة ، ولما كان تخصيص الكتاب بالسنة جائزاً فكذلك الزيادة عليه ، وأقرب أمثلة الزيادة على الآية السابقة بطلان حق المدعى عليه بنكوله عن اليمين ، وثبوت حق المدعي بيمينه بعد نكول المطلوب ، وهذا مما لا اختلاف فيه عند أحد من الناس ولا ببلد من البلدان ، وليس موجوداً في كتاب الله ، فمن أقر بتلك الزيادة لزمه حتماً قبول زيادة اليمين مع الشاهد ، والأمثلة التي تتضمن الزيادة على عموم الكتاب كثيرة عند الجميع ، وللحنفية أنفسهم أحاديث كثيرة في أحكام متعددة وكلها زيادة عما في القرآن ، كالوضوء بالنبيذ ، ومن القهقهة ، ومن القيء ، واستبراء المسبية ، وترك قطع ما يسرع إليه الفساد ، وشهادة المرأة الواحدة في الولادة ، ولا قود إلا بالسيف ، ولا جمعة إلا في مصر جامع ، ولا تقطع

الأيدي في الغزو، ولا يرث الكافر المسلم، ولا يؤكل الطافي من السمك، وحرمة كل ذي ناب من السباع ومخلب من الطير، ولا يقتل الوالد بالولد، ولا يرث القاتل من القتيل، وغير ذلك من الأمثلة، فإن قالوا: إن الأحاديث الواردة في هذه المواضع أحاديث مشهورة فعملنا بها لشهرتها، قيل لهم: وأحاديث القضاء باليمين مع الشاهد أكثر شهرة، فقد رواها أكثر من عشرين صحابياً أخرج بعضها مسلم، وأكثرها صحيح أو حسن، فأى شهرة تزيد على هذه الشهرة؟

وقد يزيد المخالف وغيره على القرآن بما دون السنة كالاستحسان مثلاً، أو يزيد ما فيه مخالفة لظاهر القرآن، كمنع القاتل والمملوك والكافر وإن كان ولدأ أو والدأ من الميراث، وحجب الأم بأخوين والنص حجبها بالإخوة، وإعطاء المهر كاملاً وإيجاب العدة بسبب الخلوة بالمطلقة من غير مس، والنص قد أوجب لها نصف المهر ووضع عنها العدة، فكل هذه الأمثلة مخالفة لظاهر القرآن وقد أخذ به المخالف وغيره، فكيف يرد القضاء باليمين مع الشاهد وهو غير مخالف لظاهر القرآن، لأنه لا يمنع أن يجوز أقل مما نص عليه، والمخالف لا يقول بالمفهوم أصلاً فضلاً عن مفهوم العدد الذي رده أكثر أهل الأصول، وقد أفاد بعض أهل العلم أن الآية إنما وردت في التحمل دون الأداء، ولهذا كانت الحاجة إلى إذكاء إحدى المرأتين الأخرى، أما في حالة الأداء فيقوم مقام المرأتين يمين المدعي ببيان

السنة الثابتة، ثم إن اليمين ممن هي عليه قد تحل منفردة محل البينة في الأداء والإبراء، فكيف لا تحل محل المرأتين في الاستحقاق بها مع الشاهد الواحد؟

وبالجمله فلو لزم إسقاط الشاهد واليمين لأنه ليس في القرآن لاقتضى بطلان أكثر الأحكام الشرعية، وهذا محال لا يقول به عاقل ولا يعتد به مسلم<sup>(١)</sup>.

قال ابن عبد البر: «ليس في الآية ما يرد قضاء رسول الله ﷺ في اليمين مع الشاهد، وإنما في هذا أن الحقوق يتوصل إلى أخذها بذلك، وليس في الآية أنه لا يتوصل إليها ولا تستحق إلا بما ذكر فيها لا غير، واليمين مع الشاهد، زيادة حكم على لسان رسول الله ﷺ كغيره من زيادات السنة على الكتاب وهي كثيرة، وقد استجاز المخالف أن يستحسن ويزيد على النص استحساناً، فكيف ينكر الزيادة على النص بالأخبار الثابتة عن النبي ﷺ وعن الخلفاء وجمهور العلماء، وصحيح الأثر والنظر<sup>(٢)</sup>.

ويجاب عن معارضتهم القضاء باليمين مع الشاهد بحديثي «البينة

---

(١) الأم (٨/٣٠٧-٣٠٨)، القسوطي (٣/٣٩٢، ٣٩٣، ٣٩٤)، بداية المجتهد (٢/٤٦٨)، المغني (١٢/١٠ - ١١)، الزرقاني (٣/٣٨٩ - ٣٩٠)، نيل الأوطار (٩/١٩٣ - ١٩٥).  
(٢) التمهيد (٢/١٥٤ - ١٥٦).

على المدعي . . » ، و «شاهدك أو يمينه» بنحو ما قيل في الجواب عن استدلالهم بآية البقرة، إذ لا تنافي ولا تعارض بين حديثي البيئتين وحديث الحكم باليمين مع الشاهد أصلاً، فلا أحد يزعم أن الحديثين للحصر، بدليل أن اليمين تشرع في حق المودع إذا ادعى رد الوديعة أو تلفها، وفي حق الأمانة لقوة جنبتهم، وتشرع في حق البائع والمشتري إذا اختلفا في الثمن والسلعة قائمة، وهذه الأحكام وغيرها ثبتت بأخبار الأحاد أو بما دون السنة من الأدلة، فكيف تنكر الزيادة عليها بالخبر المشهور الذي رواه أزيد من عشرين صحابياً، وعلى العمل به عامة الصحابة ومن بعدهم من التابعين وأكثر أهل العلم من فقهاء الأمصار وجماعة أهل الأثر<sup>(١)</sup>؟.

ومع ما تقدم من برهان ساطع وحجة باهرة في إثبات الحكم باليمين مع الشاهد، فإن المخالف يزعم أن الزهري قال: «الحكم باليمين مع الشاهد بدعة، وأول من قضى به معاوية»<sup>(٢)</sup>، وأنكره عطاء وقال: «أول من قضى به عبد الملك بن مروان»<sup>(٣)</sup>، ورووا عن

---

(١) التمهيد (٢/ ١٥٤ - ١٥٦)، المغني (١٢/ ١٠ - ١١).

(٢) مصنف ابن أبي شيبة (٧/ ٢٩٨)، الجصاص (١/ ٥١٧ - ٥١٨).

(٣) هو أبو الوليد عبد الملك بن مروان بن الحكم الأموي القرشي، من أعظم الخلفاء ودهاتهم، مولده سنة (٢٦هـ)، وتوفي سنة (٨٦هـ) في شوال، من الرابعة، طبقات ابن سعد (٥/ ٢٢٣)، السير (٤/ ٢٤٦ - ٢٤٩)، تهذيب التهذيب (٦/ ٤٢٢).

عمر بن عبد العزيز الرجوع إلى ترك القضاء به موافقة لأهل الشام، ثم قالوا: إنَّما جعلت اليمين للنفي لا للإثبات ومن جعلها للإثبات فقد خالف الأصل وجعلها في غير محلِّها<sup>(١)</sup>.

وتعقب ما ذكره، أنَّ وصف القضاء بالشاهد مع اليمين بالابتداع منكر عجيب، فكيف يقال هذا لمن عمل بالأحاديث المشهورة الصحيحة المستفيضة؟ وقد روي عن الزهري نفسه أنَّه حكم بشاهد ويمين أول ما ولي القضاء، والقول بأنَّ أول من قضى به معاوية أو عبد الملك بن مروان باطل لا يصحّ، وغلط وظنّ لا يغني من الحقّ شيئاً، وليس من نفي وجهل كمن أثبت وعلم، وحسبك أنَّ رسول الله ﷺ هو أول من قضى بالشاهد واليمين والحجّة في قوله وفعله، وقضى به كبار الصّحابة رضوان الله عليهم قبل معاوية، وقضى به مروان قبل عبد الملك، وبه حكم عبد الله بن عتبة ابن مسعود، وشريح، ويحيى بن معمر، فهؤلاء قضاة أهل العراق كانوا يقضون أيضاً باليمين مع الشاهد في زمن الصّحابة وصدر الأئمّة، ولا التفات لقولهم: «إنَّما جعلت اليمين للنفي»؛ لأنّ المصدر الذي علمنا منه أنَّها للنفي هو الذي علمنا منه القضاء باليمين مع الشاهد<sup>(٢)</sup>.

(١) بدائع الصنائع (٨/ ٣٩٢٤)، التمهيد (٢/ ١٥٤-١٥٥)، المحلى

(١٠/ ٥٨٤-٥٨٥)، الجصاص (١/ ٥١٧-٥١٨).

(٢) التمهيد (٢/ ١٥٤-١٥٧)، المحلى (١٠/ ٥٨٤-٥٨٦)، القرطبي

(٣/ ٣٩٢-٣٩٣)، الزرقاني (٣/ ٣٨٩).

ومما تقدم يظهر بجلاء ظهور مذهب مالك والجمهور القاضي  
بمشروعية الحكم بالشاهد واليمين وأنه قسم من أقسام البينات .



## المبحث الثاني

### قبول شهادة المحدود بعد توبته

من شروط الشهادة أن يكون الشاهد عدلاً، فلا تقبل شهادة الفاسق حال فسقه بحال، فإن تاب الفاسق وصلاح حاله قبلت شهادته عند الجميع، إلا من كان فسقه من قبل الكذب، فإن أهل العلم متفقون على وجوب الحدّ عليه مع سقوط شهادته ما لم يتب، لكنهم اختلفوا في قبول شهادته بعد التوبة<sup>(١)</sup>.

ومذهب الإمام مالك رحمه الله في ذلك قبول شهادة المحدود بعد توبته وصلاح حاله مطلقاً، لا فرق في ذلك بين المحدود في قذف أو غيره.

#### توثيق المسألة:

قال مالك: «فالأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا أن الذي يجلد الحدّ ثم تاب وأصلح تجوز شهادته، وهو أحبّ ما سمعت إليّ في ذلك»<sup>(٢)</sup>.

وقد أشار الباجي إلى مراد الإمام مالك بقوله: «الأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا» بقوله: يريد أن ذلك مذهب أهل المدينة في شهادة

---

(١) الإجماع (ص ٧٦-٧٧).

(٢) الموطأ (ص ٥١٠-٥١١).

المحدود في القذف والزنا والسرقة وغير ذلك، إذا ظهرت توبته  
وصلحت حاله جائزة قبل الجلد وبعده، ولا يمنع من ذلك ما تقدم من  
جلد الحد<sup>(١)</sup>.

ولمالك قولان في حكم شهادة المحدود فيما حدّ فيه، فقد روى  
عنه ابن نافع وابن عبد الحكم<sup>(٢)</sup> أنها جائزة وبه أخذ ابن كنانة، وكذا  
ظاهر ما في الدييات من المدونة، وروى عنه مطرف وابن الماجشون  
أنها لا تجوز، وهو قول سحنون، والوقار<sup>(٣)</sup>، والمشهور من قول ابن

---

(١) المنتقى (٢٠٧/٥)، وانظر كذلك الكافي (٨٩٧/٢-٨٩٨)، الإشراف  
(٢٨٩/٢)، الزرقاني (٣٨٩/٣).

(٢) هو أبو محمد عبد الله بن عبد الحكم بن أعين بن الليث، سمع مالكا  
والليث وعبد الرزاق وغيرهم، وعنه الربيع بن سليمان وابن المواز وابن حبيب  
وجماعة، قال ابن عبد البر: «كان ابن عبد الحكم رجلاً صالحاً، ثقة متحققاً بمذهب  
مالك»، كما وثقه أبو زرعه وغيره. مولده لسنة خمس وخمسين، ووفاته لسنة  
أربع وعشرة ومائتين. ترتيب المدارك (٥٢٣/٢-٥٢٧)، تهذيب التهذيب  
(٢٨٩/٥-٢٩٠)، الديباج (٤١٩/١-٤٢١).

(٣) هو أبو يحيى زكريا بن يحيى بن إبراهيم الوقار، روى عن ابن وهب وابن  
القاسم وأشهب وغيرهم، وسمع عليه بإفريقية، كان فقيهاً صالحاً، ولم يكن  
بالمحمود في الرواية، توفي سنة أربع وخمسين ومائتين بمصر. ترتيب المدارك  
(٥٧٨-٥٧٩)، ميزان الاعتدال (٧٧-٧٨)، الديباج (٣٦٨/١-٣٦٩).

القاسم، واختلف قول أصبغ<sup>(١)</sup> كالروايتين<sup>(٢)</sup>.

مذهب غير المالكية في شهادة الحدود:

وافق الإمام مالكا- فيما ذهب إليه من جواز شهادة المحدود في قذف أو غيره إذا تاب واستقام حاله- جمهور أهل العلم سلفاً وخلفاً، ومنهم: عبد الله بن عتبة، وعمر بن عبد العزيز، وطاوس، ومجاهد، والشعبي، وعكرمة، ومسروق، والضحاك، وسليمان بن يسار، ومعاوية بن قرة، ومحارب بن دثار<sup>(٣)</sup>، وأبو الزناد، ويحيى بن سعيد، وأبو عبيد، وربيعة، والليث بن سعد، وسالم،

---

(١) هو أبو عبد الله أصبغ بن الفرّج بن سعيد، روى عن الدراوردي وابن سمعان وعبد الرحمن بن زيد بن أسلم وغيرهم، وعنه الذهلي والبخاري وابن زنجويه وخلق، اتفقوا على توثيقه وفقهه، توفي بمصر سنة خمس وعشرين ومائتين. ترتيب المدارك (٢/ ٥٦١ - ٥٦٥)، تهذيب التهذيب (١/ ٣٦١ - ٣٦٢)، الديباج (١/ ٢٩٩ - ٣٠١).

(٢) البيان والتحصيل (١٠/ ١٩١ - ١٩٢)، الكافي (٢/ ٨٩٧ - ٨٩٨)، الإشراف (٢/ ٢٨٩)، القرطبي (١٢/ ١٨٠)، المنتقى (٥/ ٢٠٧)، الزرقاني (٣/ ٣٨٨ - ٣٨٩).

(٣) هو أبو دثار وقيل: أبو مطرف محارب بن دثار بن كردوس السدوسي الكوفي القاضي، روى عن ابن عمر وجابر وعبيد بن البراء بن عازب وغيرهم، وعنه شعبة ومسعر وعطاء وغيرهم، وثقه غير واحد، مات سنة ست عشرة ومائة، قال الذهبي: «وهو حجة مطلقاً». تاريخ الثقات (٤٢١)، ميزان الاعتدال (٣/ ٤٤١)، تهذيب التهذيب (١٠/ ٤٩ - ٥٠).

والقاسم بن محمد، وابن أبي نجيح<sup>(١)</sup>، وابن المنذر، وعثمان البتي،  
واسحاق، وأبو ثور، ورواية عن سعيد بن جبير، وشريح، وهو  
مذهب الإمامين الشافعي وأحمد وأصحابهما، وبه قال الطبري،  
وابن حزم، ومال إليه البخاري<sup>(٢)</sup>.

وذهب خلاف الجمهور طائفة من أهل العلم فقالوا: لا تقبل  
شهادة المحدود في القذف أبداً، تاب أم لم يتب، وممن ذهب هذا  
المذهب النخعي، والحسن البصري، وسعيد بن المسيب، وابن  
سيرين، ومكحول، وعبد الرحمن بن زيد، والحسن بن صالح،

---

(١) هو عبد الله بن يسار المكي، روى عن مجاهد وعطاء وسهل بن سعد  
 وغيرهم، وعنه عمر بن محمد بن يزيد، ويزيد بن إبراهيم، وإبراهيم بن محمد  
 وعدة، ذكره ابن حبان في الثقات، وقال ابن المديني: «أما حديثه فهو فيه ثقة، وأما  
 الرأي فهو قدرى معتزلي»، من الخامسة. الثقات لابن حبان (٢٣/٧)، ميزان  
 الاعتدال (٥١٥/٢)، تهذيب التهذيب (٨٥/٦).

(٢) صحيح البخاري (٢٢٣/٣)، الموطأ (ص ٥١٠-٥١١)، السنن الكبرى  
 للبيهقي (١٥٢-١٥٣)، مصنف عبد الرزاق (٣٦١-٣٦٢)، الأم  
 (٢٠٩/٦)، (٣٠٤/٨)، أحكام القرآن (٣/١٣٣٦-١٣٣٩)، المحلى  
 (٦٣٣/١٠)، القرطبي (١٧٨-١٧٩)، فتح الباري (٢٥٥-٢٥٨)،  
 المغني (٧٤-٧٥)، بداية المجتهد (٤٤٣-٤٦٢)، الزرقاني (٣/٣٨٨-  
 ٣٨٩)، مغني المحتاج (٤/٤٣٩)، الإنصاف (١٢/٥٩)، تكملة المجموع  
 (٧٤-٧٥/٢٠).

وسفيان الثوري، ورواية عن سعيد بن جبير، وشريح، وهو مذهب الإمام أبي حنيفة وأصحابه<sup>(١)</sup>.

وقال الأوزاعي: «لا تقبل شهادة المحدود في الخمر وإن تاب»، وتبعه الحسن بن حي، وقيل برّد شهادة المحدود في غير القذف والخمر أيضاً<sup>(٢)</sup>، لكن القول بعدم قبول شهادة المحدود في غير القذف شاذ وضعيف ومخالف لما عليه جميع فقهاء الأمصار فلا يلتفت إليه ولا يعوّل عليه، يبقى أن محل النزاع هو بين المالكية ومن وافقهم في القول بجواز شهادة المحدود في القذف إذا تاب وصلاح حاله، وبين الحنفية ومن وافقهم في ردّ شهادة المحدود في القذف أبداً تاب أم لم يتب.

وفيما يلي عرض أدلة القولين ومناقشتها.

**أدلة مالك والجمهور على قبول شهادة المحدود إذا تاب:**

استدل مالك والجمهور لإثبات مذهبهم بالأدلة الآتية:

---

(١) مصنف عبد الرزاق (٨/٣٦٣-٣٦٤)، أحكام القرآن (٣/١٣٣٦ - ١٣٣٩)، بدائع الصنائع (٩/٤٠٣٥)، القرطبي (١٢/١٧٨-١٧٩)، شرح فتح القدير (٦/٢٩)، فتح الباري (٥/٢٥٥ - ٢٥٧)، المغني (١٢/٧٤-٧٥)، الزرقاني (٣/٣٨٨-٣٨٩)، البناية (٧/١٦٣-١٦٤)، تكملة المجموع (٢٠/٧٤-٧٥).

(٢) المحلى (١٠/٦٣٣)، فتح الباري (٥/٢٥٨)، البناية (٧/١٦٤).

أولاً: قول الله تبارك وتعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ (٤)﴾ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴿١﴾.

وجه الدلالة من الآية الكريمة، أن الله جل جلاله قد استثنى التائبين بقوله: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا...﴾ والاستثناء من النفي إثبات، وتقديره: إلا الذين تابوا فاقبلوا شهادتهم وليسوا بفاسقين؛ لأن الاستثناء في الآية راجع إلى جميع ما تقدم ما عدا إقامة الحد فإنه سقط بالإجماع، وهكذا شأن الاستثناء إذا تعقب جملاً يصلح أن يكون عائداً لكل واحد منها على الانفراد فإنه يعود إلى جميعها، وقد فهم حبر الأمة وترجمان القرآن من الآية السابقة قبول توبة القاذف إذا تاب فقال: «فمن تاب فشهادته في كتاب الله تقبل»؛ ولأن الاستثناء يغير ما قبله فعاد إلى الجمل المعطوف بعضها على بعض بالواو كالشرط، ثم إن المنع من الشهادة إنما كان لأجل فسقهم وبالتوبة يرتفع الفسق ويزول المانع فتقبل (٢).

(١) النور (٤، ٥).

(٢) الموطأ (ص ٥١١ - ٥١٠)، السنن الكبرى للبيهقي (١٠/١٥٣)، أحكام القرآن (٣/١٣٤٠)، المحلى (١٠/٦٣٦)، الإشراف (٢/٢٨٩)، المنتقى (٥/٢٠٧ - ٢٠٨)، القرطبي (١٢/١٨٠ - ١٨١)، بذاية المجتهد (٢/٤٤٣)، فتح الباري (٥/٢٥٤ - ٢٥٥)، المغني (١٢/٧٥ - ٧٦)، الزرقاني (٣/٣٨٩).

ما يرد على الاستدلال بالآية :

لم يسلّم الحنفية بأنّ آية القذف تفيد جواز شهادة من حدّ في قذف بعد التوبة ، وذلك للأسباب التالية :

١- يرى أبو حنيفة وأصحابه أن الاستثناء في آية القذف إنما يرجع إلى أقرب مذكور وهو الفسق خاصة ، ولا يرجع إلى جميع ما تقدّم بما فيها قبول الشهادة ؛ لأن من جملة ما ذكر جلد القاذف وهو لا يرتفع بالتوبة قطعاً ، ثم إنّ لكل جملة حكم نفسها في الاستقلال ، وحرف العطف محسن لا مشرك ، وهو الصحيح في عطف الجمل ، لجواز عطف الجمل المختلفة بعضها على بعض كما هو معروف في اللغة ، أو يكون الاستثناء المذكور منقطعاً بمعنى لكن ؛ لأنّ التائبين لا يدخلون في الفاسقين فكأنّه قال : وأولئك هم الفاسقون ، لكن الذين تابوا فإنّ الله غفور رحيم ، فالتائب لا يكون فاسقاً ، وأما شهادته فلا تقبل أبداً ، إذ ليس من ضرورة كونه تائباً أن يكون مقبول الشهادة كالعبد التائب التقي .

٢- رد شهادة القاذف من تمام استيفاء الحد للعطف مع المناسبة وقيد التأييد ؛ أما المناسبة فكما أن القاذف قد ألمّ قلب المقذوف بسبب فعل لسانه ، ردت شهادته ليتألم قلبه بسبب ما جناه لسانه ، فيكون مشاركاً للجلد في كونه حداً ، وكذا التأييد في قوله تعالى : ﴿ . . . . . وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا . . . ﴾ فإنه لا فائدة له

إلا تناول تأييد رد الشهادة في زمن ما بعد التوبة، لأن الآية نصت على الأبد- وهو ما لا نهاية له- والتنصيب على تأييد رد الشهادة ينافي قبولها في وقت ما، وقد قام دليل الاتصال بين قوله تعالى: ﴿... فَأَجْلِدُوهُمْ...﴾ وقوله جل شأنه: ﴿... وَلَا تَقْبَلُوا...﴾ فكلتا الجملتين إنشائية فيها خطاب للأئمة وتفويض لهم، فصلح عطف الثانية منهما على الأولى، أما قوله تعالى: ﴿... وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ...﴾ فجملة خبرية مستأنفة ليس فيها خطاب للأئمة، ولا هي صالحة للجزاء، فلا يتأتى مع هذا الانفصال حصول الاتصال بالواو، ولا يصح تشبيه الاستثناء بالشرط؛ لأن ذلك من باب القياس في اللغة وهو فاسد على ما يعرف في أصول الفقه<sup>(١)</sup>.

### مناقشة ما ورد على استدلال الجمهور بآية القذف:

١- رد الجمهور على تخصيص الحنفية الاستثناء في آية القذف بالجملة الأخيرة بأنه غير مسلم؛ لأنه خلاف ظاهر الآية، بل الصحيح رجوع الاستثناء إلى جميع ما تقدم ما عدا إقامة الحد، فإنه مجمع على عدم سقوطه بالتوبة، وهذا الذي يقتضيه دليل الشرع

---

(١) المحلى (١٠/٦٣٦)، بدائع الصنائع (٩/٤٠٣٥)، عمدة القارئ (١٣/٢٠٧)، شرح العناية بهامش فتح القدير (٦/٢٩-٣٠)، البناية (٧/١٦٣، ١٦٤، ١٦٥)، القرطبي (١٢/١٨٠)، الزرقاني (٣/٣٨٩).



واللغة جميعاً، ألا ترى إلى قوله تعالى: ﴿ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ ٣٣ ﴾ إلا الذين تابوا من قبل أن تُقَدَّرُوا عَلَيْهِمْ فَأَعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ٣٤﴾ (١)، فقد رجع فيها الاستثناء إلى جميع ما تقدم باتفاق، وآية القذف أختها ونظيرتها.

وقولهم: «حرف العطف غير مشرك» غير صحيح؛ لأن الواو للجمع، وعطف الجمل بها بعضها على بعض يجعلها كالجملة الواحدة، فعاد الاستثناء إلى جميعها، وتشبيه الاستثناء في مسألتنا بالشرط صالح للاستدلال، فإنه لو قال: امرأته طالق وعنده حرٌّ إن لم يقم، عاد الشرط إليهما قطعاً، فعود الاستثناء في مسألتنا أولى؛ لأن رد الشهادة هو المأمور به فيكون هو الحكم، والتفسيق خرج مخرج الخبر والتعليل لرد الشهادة، فعود الاستثناء إلى الحكم المقصود أقرب من رده إلى التعليل (٢).

وتعقب الحنفية الرد السابق، بأن رجوع الضمير في آية المحاربة

(١) المائدة (٣٣، ٣٤).

(٢) الإشراف (٢/٢٨٩)، المحلى (١٠/٦٣٦)، أحكام القرآن (٣/١٣٤٠)، فتح الباري (٥/٢٥٤-٢٥٥)، القرطبي (١٢/١٨٠-١٨١)، المغني (١٢/٧٥-٧٦).

إلى الجميع باتفاق لا يرجح بمثله رجوع الاستثناء إلى الجميع في آية القذف، فإن آية قتل المؤمن خطأ فيه رد الاستثناء إلى الأخيرة باتفاق أيضاً، وآية القذف محتملة للوجهين، ونحن إنما نقول بعود الاستثناء إلى الأخيرة فقط إذا تجرد عن دليل عوده إلى الكل، فإن اقترن به دليل عاد إلى الجميع، ودليل عوده إلي الجميع في آية الحراة اقتران الاستثناء فيها بما يفيد أن التوبة تسقط العذاب، إذ لا معنى لقوله تعالى: ﴿... مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ...﴾ إلا سقوط الحد في كل ما تقدم، ولا تلازم في آية القذف بين توبة المحدود وقبول شهادته، فإن العبد لا تقبل شهادته باتفاق ولو كان من التائبين الأتقياء<sup>(١)</sup>.

٢- وقول الحنفية: رد الشهادة داخل في الحد غير صحيح، لأن رد الشهادة كان بسبب الفسق، والفسق صفة غير لازمة على الدوام، ولذلك جاءت في الآية على سبيل التعليل، فقوله تعالى: ﴿... وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ...﴾ أي: لا تقبلوا شهادتهم لفسقهم؛ فإذا زال الفسق بالتوبة زال المانع وقبلت الشهادة، والتأييد الوارد في الآية معناه ما دام مصراً على قذفه؛ لأنّ أبرد كل شيء بحسبه، كما يقال: لا تقبل شهادة الكافر أبداً، أي: ما دام كافراً<sup>(٢)</sup>.

(١) شرح العناية بحاشية فتح القدير (٢٩/٦-٣٠).

(٢) الإشراف (٢/٢٨٩)، المحلى (١٠/٦٣٦)، أحكام القرآن (٣/١٣٤٠)، فتح الباري (٥/٢٥٤-٢٥٥)، القرطبي (١٢/١٨٠-١٨١)، المغني (١٢/٧٥-٧٦).

استدلال مالك والجمهور بأقوال الصحابة على قبول شهادة  
المحدود :

للجمهور زيادة على ما تقدم إجماع الصحابة رضوان الله  
عليهم ، فقد روي عن عمر رضي الله عنه أنه كان يقول لأبي بكر  
حين شهد على المغيرة بن شعبة : تب أقبل شهادتك ، ولم ينكر ذلك  
منكر فصار إجماعاً ، قال سعيد بن المسيّب : شهد على المغيرة بن  
شعبة ثلاثة رجال : أبو بكر ، ونافع بن الحارث ، وشبل بن معبد ،  
ونكل زياد ، فجلد عمر الثلاثة وقال لهم : توبوا تقبل شهادتكم ،  
فتاب رجلان وقبل عمر شهادتهما ، وأبى أبو بكر فلم تقبل شهادته ،  
فهذا أمير المؤمنين عمر رضي الله عنه قد قضى بقبول شهادة القاذف  
إذا تاب وأكذب نفسه ، وكان ذلك بحضرة الصحابة ، من غير نكير  
مع شيوع قضية أبي بكر وشهرتها في جميع أقطار المسلمين ، فلو  
صح ما قاله الحنفية من تأييد ردّ شهادة القاذف ، لما جاز أن يذهب علم  
ذلك عن الصحابة ولقالوا لعمر : لا يجوز قبول شهادة القاذف أبداً ،  
ولم يسعهم السكوت عن القضاء بتحريف تأويل الكتاب<sup>(١)</sup> .

وعن ابن عباس أن القاذف إذا تاب قبلت شهادته<sup>(٢)</sup> ، وعلى هذا

---

(١) صحيح البخاري (٢٢٣/٣) ، البيهقي (١٥٢/١٠-١٥٣) ، مصنف ابن  
أبي شيبة (١٦٨-١٧٠) ، مصنف عبد الرزاق (٣٦١-٣٦٢ ، ٣٨٣/٧-  
٣٨٨) ، الأم (٣٠٤/٨) ، المحلى (٦٣٤-٦٣٥) ، المغني (٧٥/١٢) .  
(٢) السنن الكبرى للبيهقي (١٥٣/١٠) .

أكثر أهل العلم من التابعين وسائر فقهاء الأمصار إلا قليلاً، وبه جرى العمل في دار الهجرة<sup>(١)</sup>.

وتعقب الحنفية الاستدلال السابق، بأن ما ذكرتموه عن عمر في ثبوته نظر؛ لأن ابن المسيب لم يأخذه عن عمر إلا بلاغاً، إذ لم يصح له عنه سماع، ثم إن سعيد بن المسيب كان يذهب إلى خلافه، فقد كان يقول: «لا تقبل شهادة القاذف، وتوبته بينه وبين ربه عز وجل»، وهذا يدل على أن ما بلغه عن عمر لم يكن عنده بالقوى؛ لأن سعيداً لا يمكن أن يسمع عن شيء قاله عمر - بحضرة الصحابة ولا ينكرونه ولا يخالفونه - ثم يتركه إلى خلافه<sup>(٢)</sup>.

وعلى فرض ثبوت قبول شهادة القاذف عن عمر رضي الله عنه، فهو معارض بما قاله لأبي موسى الأشعري في كتابه له، وفيه: «والمسلمون عدول بعضهم على بعض إلا مجلوداً في حد، أو

---

(١) البخاري (٢٢٣/٣)، الموطأ (ص ٥١٠ - ٥١١)، البيهقي (١٥٢/١٠ - ١٥٣)، عبد الرزاق (٣٦١ - ٣٦٢)، الأم (٢٠٦/٦)، (٣٠٤/٨)، أحكام القرآن (١٣٣٦ - ١٣٣٩)، المحلى (٦٣٣/١٠)، القرطبي (١٧٨/١٢ - ١٧٩)، بداية المجتهد (٤٤٣/٢، ٤٦٢)، فتح الباري (٢٥٥ - ٢٥٨)، المغني (١٢/٧٤ - ٧٥) مغنى المحتاج (٤/٤٣٩).

(٢) مصنف ابن أبي شيبة (١٧٠ - ١٧٣)، عمدة القارئ (٢٠٨/١٣ - ٢٠٩)، المحلى (٦٣٤ - ٦٣٥)، فتح الباري (٢٥٧/٥)، البناية (١٦٥/٧ - ١٦٧)، شرح الهداية (٣٠/٦).

مجرباً في شهادة زور، أو ظنيماً في ولاء...»<sup>(١)</sup> وروى البيهقي أن أبا بكرة كان إذا أتاه رجل ليشهده قال: «أشهد غيري فإن المسلمين قد فسقوني»<sup>(٢)</sup>.

وما نسب لابن عباس - من قبوله شهادة القاذف - فالصحيح عنه خلافه، فقد روي عنه بسند جيد أنه قال: «لا تجوز شهادة القاذف وإن تاب»، وصح مثله عن جماعة من التابعين منهم الحسن، والنخعي، وغيرهما<sup>(٣)</sup>.

وأجاب الجمهور عما تعقب به الحنفية قصة أبي بكرة، بأن الطعن في ثبوتها ضرب من المكابرة الممقوتة، فكيف وقد أخرجها البخاري في صحيحه؟

وشهرتها قد عمت الآفاق، وفي إحدى الروايتين عن سعيد بن المسيب أنه وافق عمر فيما بلغه عنه، قال ابن حزم: «كل من روي عنه عدم قبول شهادة القاذف وإن تاب، قد روي عنه قبولها إلا الحسن والنخعي فقط»<sup>(٤)</sup>.

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي (١٥٥ / ١٠ - ١٥٦)، سنن الدارقطني (٢٠٦ / ٤).

(٢٠٧)، نصب الراية (٨١ - ٨٢).

(٢) السنن الكبرى (١٥٢ / ١)، وانظر عمدة القارئ (٢٠٩ / ١٣).

(٣) عمدة القارئ (٢٠٨ / ١٣ - ٢١٠)، المحلى (٦٣٤ - ٦٣٥)، فتح

الباري (٢٥٧ / ٥)، العناية على الهداية (٣٠ / ٦)، البناء (١٦٥ - ١٦٧).

(٤) المحلى (٦٣٧ / ١٠).

ومعارضتهم لقصة أبي بكرة بما كتبه عمر إلى أبي موسى الأشعري ليست ناهضة، لأن في سند تلك الرسالة عبيد الله بن أبي حميد الهذلي<sup>(١)</sup>، وقد ضعفه الدارقطني، وقال البخاري: «منكر الحديث»، وقال النسائي: «متروك الحديث»، وقال أحمد: «ترك الناس حديثه»، وقال ابن حزم: «تلك رسالة مكذوبة»<sup>(٢)</sup>، ولو صحت لما جاز الاستدلال بها على تأييد رد شهادة القاذف، لورودها عامة في كل محدود دون تخصيص، ولا أحد يقول بذلك، ثم إنها لم تشر إلى التوبة، فيترجح أن المراد بالمنع فيها ما كان قبل التوبة في كل محدود<sup>(٣)</sup>.

كما استنكر ابن حزم ما روه من قول أبي بكرة: «إن المسلمين فسقوني»، فقال: «معاذ الله أن يصح، ما سمعنا أن مسلماً فسق أباً بكرة ولا امتنع من قبول شهادته عن النبي ﷺ في أحكام الدين»<sup>(٤)</sup>.

---

(١) هو أبو الخطاب عبيد الله بن أبي حميد غالب الهذلي، روى عن أبي الميخ الهذلي، وعنه عيسى بن يونس ووكيع ومكي بن إبراهيم وغيرهم، اتفقوا على ترك حديثه وتضعيفه. المجروحين (٢/٦٥ - ٦٦)، ميزان الاعتدال (٣/٥)، تهذيب التهذيب (٩/٧ - ١٠).

(٢) ميزان الاعتدال (٤/٥)، المحلى (١٠/٦٣٤)، التعليق المغني على الدارقطني بحاشية السنن (٤/٢٠٦).

(٣) المحلى (١٠/٦٣٧)، السنن الكبرى للبيهقي (١٠/١٥٦)، فتح الباري (٥/٢٥٧).

(٤) المحلى (١٠/٦٣٧).

وما روه عن ابن عباس موافقاً لمذهبهم ، فقد ضعفه ابن حزم وقال : «الأظهر عنه خلاف ذلك» ، وقال ابن حجر : «ما روي عن ابن عباس - من تأييد رد شهادة القاذف - منقطع ولم يصب من قال سنده قوي»<sup>(١)</sup> ، وكل ما روه عمن دون ابن عباس لا تقوم به حجة ، لأن الصحابي قد اختلف في قوله ، فكيف بمن دونهم؟ وقد خالفوا الجمهور الأكبر من الصحابة ومن بعدهم ، مع ما روي عن أكثرهم بخلاف الرواية التي نقلها الحنفية عنهم<sup>(٢)</sup> .

استدلال الجمهور بالنظر على قبول شهادة المحدثين :

مذهب الجمهور في قبول شهادة القاذف بعد توبته يقتضيه النظر الصحيح ؛ لأن التوبة تمحو الكفر والزنى والسرقة وشرب الخمر وقتل النفس عمداً ، فمن تاب من هذه المعاصي وغيرها قبلت شهادته وصار كمن لا ذنب له ، فكيف لا تقبل شهادة القاذف؟ والقذف أقل جرماً من الكفر والزنى قطعاً ، فقول شهادته في القذف بعد التوبة يكون من باب أولى ، ثم إن ردّ شهادته إنما كان بسبب فسقه ، فإذا زال السبب وهو الفسق بالتوبة زال المسبب وهو ردّ الشهادة ، وردّ الشهادة مع زوال الفسق أمر غير مناسب في الشرع وخارج عن

---

(١) المحلى (٦٣٧/١٠) ، فتح الباري (٢٥٧/٥) .

(٢) الموطأ (ص ٥١٠-٥١١) ، الأم (٢٠٩/٦) ، (٣٠٤/٨) ، المحلى

(١٠/٦٣٤ - ٦٣٥) ، فتح الباري (٢٥٧/٥) .

الأصول، فلا اعتداد به ولا تعويل عليه، ولأن إقامة حد القذف استيفاء حق، فلم يتعلق به رد الشهادة كالقصاص<sup>(١)</sup>.

وقال الإمام الشافعي: «وهو قبل أن يحدّ شرّ منه حين يحدّ؛ لأن الحدود كفارات لأهلها؛ فكيف تردونها في أحسن حالاته وتقبلونها في شر حالاته»<sup>(٢)</sup>.

وقد قال الحنفية: إن قياس القذف على سائر الحدود غير صحيح؛ لأن ما سوى القذف من الحدود لم تقترن بما يوجب كون الرد من تمام الحدّ، فكان قياساً في مقابلة النص<sup>(٣)</sup>، وهذا قول مردود؛ لأنّ النص لم يقض بارتباط دائم لا ينفك بين إقامة حد القذف وردّ الشهادة، بل دل النص على قبولها بعد ارتفاع المانع بالتوبة.

**أدلة الحنفية ومن وافقهم على تأييد رد شهادة القاذف:**

تقدم أنّ الحنفية قد عارضوا أدلة الجمهور بتفسيرهم لآية القذف بما يؤيد مذهبهم، كما قابلوا استدلال الجمهور بأقوال الصحابة بما

---

(١) الأم (٨/٣٠٤)، أحكام القرآن (٣/١٣٣٦)، الإشراف (٢/٢٨٩).  
(٢) القرطبي (١٢/١٨١)، بداية المجتهد (٢/٤٤٣)، المغني (١٢/٧٥)،  
البنية (٧/١٦٤)، الروض المربع (٣/٤٢٢، ٤٢٣، ٤٢٦)، تكملة المجموع  
(٢٥٢/٢٠).

(٢) الأم (٨/٣٠٤).

(٣) العناية في شرح الهداية (٦/٢٩).



يعارضها من أقوال بعضهم، وتم مناقشة ذلك كله فيما تقدم، والآن نعرض لما تبقى من أدلتهم من المنقول والمعقول.

فمن المنقول احتجوا بالأحاديث الآتية:

الحديث الأول: روى المثنى بن الصباح<sup>(١)</sup>، وآدم بن فايد<sup>(٢)</sup>، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، أن رسول الله ﷺ قال: «لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا محدود في الإسلام...»<sup>(٣)</sup>، ورواه الحجاج بن أرطاة، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده بنحوه<sup>(٤)</sup>، وأخرجه الترمذي من حديث أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها بلفظ: «قال رسول الله ﷺ: لا تجوز شهادة خائن ولا

---

(١) هو أبو عبد الله المثنى بن الصباح اليماني، روى عن طائوس ومجاهد وعمرو بن شعيب وغيرهم، وعنه ابن المبارك وعيسى بن يونس وأيوب بن سويد وخلق، ضعفه عامة أهل الشأن، وعن ابن معين قال: «يكتب حديثه ولا يترك»، توفي سنة تسع وأربعين ومائة. الضعفاء الكبير (٤/٢٤٩)، ميزان الاعتدال (٣/٤٣٥)، تهذيب التهذيب (١٠/٣٥ - ٣٦).

(٢) آدم بن فايد، عن عمرو بن شعيب، وعنه أبو جعفر الرازي، وعيسى بن ماهان، قال الذهبي في الضعفاء: «مجهول». ديوان الضعفاء (ص ١٥)، ذيل ميزان الاعتدال (ص ١٢٠)، لسان الميزان (١/٣٣٦).

(٣) السنن الكبرى للبيهقي، كتاب الشهادات. باب من قال لا تقبل شهادته (١٠/١٥٥)، سنن الدارقطني، الأقضية والأحكام (٤/٢٤٤).

(٤) سنن ابن ماجه، أحكام. باب من لا تجوز شهادته (٢/٤٩).

خائنة ولا مجلود حداً ولا مجلودة...»<sup>(١)</sup>، وفي الباب من طريق ابن عمر بلفظ «أن رسول الله ﷺ خطب فقال: ألا لا تجوز شهادة الخائن ولا الخائنة ولا ذي غمر على أخيه ولا الموقوف على حد»<sup>(٢)</sup>.

وفي هذه الروايات دليل على رد شهادة المحدود مطلقاً إلا ما أخرجه الدليل، وقد أخرج الدليل ما سوى حد القذف، فصار هو المقصود بالحديث خاصة<sup>(٣)</sup>.

الحديث الثاني: ما روي من قوله عليه الصلاة والسلام: «المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا محدوداً في فرية»<sup>(٤)</sup>، والحديث نص في محل النزاع، فقد خص المحدود في القذف برد الشهادة، وهذا يدل على تأييد الرد؛ لأن الحدود الأخرى ترد بها الشهادة قبل التوبة أيضاً<sup>(٥)</sup>.

---

(١) سنن الترمذي، شهادات - باب ما جاء فيمن لا تجوز شهادته (٦٢/٧).

(٢) سنن الدراقطني، الأقضية والأحكام (٢٤٤/٤).

(٣) عمدة القارئ (١٣/٢٠٩-٢١٠)، نصب الراية (٤/٨١)، البناءة

(٧/١٣٧)، شرح العناية (٦/٣٠).

(٤) مصنف ابن أبي شيبة، البيوع والأقضية - باب من قال: لا تجوز شهادة

القناذف... (٦/١٧٢)، نصب الراية (٤/٨١)، الجوهر النقي بحاشية السنن

الكبرى (١٠/١٥٥-١٥٦).

(٥) المحلى (١٠/٦٣٦)، عمدة القارئ (١٣/٢٠٩-٢١٠)، نصب الراية

(٤/٨١)، البناءة (٧/١٣٧)، شرح العناية (٦/٣٠).

الحديث الثالث: روي أن هلال بن أمية لما قذف امرأته قالت الأنصار: «الآن يضرب رسول الله ﷺ هلال بن أمية ويبطل شهادته في المسلمين»<sup>(١)</sup>، وهذا يشير إلى أن رد شهادة القاذف كان معروفاً عند الصحابة في عهد الرسول ﷺ<sup>(٢)</sup>.

#### مناقشة الاستدلال بالأحاديث السابقة:

استغرب جمهور العلماء الاستدلال بهذه الأحاديث الضعيفة، فإن حديث: «لا تجوز شهادة خائن ولا محدود...» معلول بالمشي ابن الصباح وآدم بن فايد، ولا يحتج بهما، قاله البيهقي<sup>(٣)</sup>، ولا ينفعه انضمام الحجاج بن أرطاة إلى آدم بن فايد في رواية ابن ماجه؛ لأنّ الحجاج ضعيف، والحجاج هالك<sup>(٤)</sup>.

وقال ابن قدامة: «الحجاج بن أرطاة ضعيف»، ثم نقل عن ابن عبد البر قوله: «لم يرفعه من روايته حجة، وقد روي من غير طريق الحجاج ولم تذكر فيه هذه الزيادة، فدل ذلك على أنها من غلظه»<sup>(٥)</sup>.

---

(١) المحلى (١٠/٦٣٥-٦٣٦)، انظر البيهقي، لعان- الزوج يقذف امرأته

(٧/٣٩٤)، مسند أبي داود الطيالسي (ص ٣٤٧-٣٤٨).

(٢) المحلى (١٠/٦٣٥-٦٣٦).

(٣) السنن الكبرى (١٠/١٥٥).

(٤) المحلى (١٠/٦٣٦).

(٥) المغني (١٢/٧٥-٧٦).

وما جاء من حديث عائشة ساقط كذلك ؛ لقول الترمذي : « لا نعرفه إلا من حديث يزيد بن زياد الدمشقي<sup>(١)</sup> ، وهو يضعف في الحديث ، ولا يصح هذا الحديث عندي<sup>(٢)</sup> ، وقال أبو زرعة : « هو حديث منكر<sup>(٣)</sup> ، وما روي من حديث ابن عمر معلول بعبد الأعلى بن محمد<sup>(٤)</sup> وهو ضعيف ، عن يحيى بن سعيد الفارسي<sup>(٥)</sup> وهو متروك .

---

(١) يزيد بن زياد القرشي الدمشقي ، روى عن الزهري وسليمان بن حبيب الخولاني ، وعنه مروان بن معاوية ومحمد بن ربيعة ويحيى الوماظي ، ضعفه أهل الشأن البخاري والترمذي والنسائي وغيرهم ، مولده سنة (٤٧هـ) ، ومات في (١٣٦هـ) . المجروحين (٣/٩٩ - ١٠٠) ، ميزان الاعتدال (٤/٤٢٥) ، تهذيب التهذيب (١١/٣٢٨ - ٣٢٩) .

(٢) سنن الترمذي (٧/٦٢ - ٦٣) ، وانظر أيضاً السنن الكبرى للبيهقي (١٠/١٥٥) .

(٣) فتح الباري (٥/٢٥٧) .

(٤) عبد الأعلى بن محمد ، حدث عن يحيى بن سعيد ، وعنه سليمان ابن بنت شراحيل ، ضعفه الأزدي ، وقال العقيلي : « أحاديثه بواطيل لا أصول لها » . الضعفاء الكبير (٣/٦١ - ٦٢) ، ميزان الاعتدال (٢/٥٣١) ، لسان الميزان (٣/٣٨٢) .

(٥) يحيى بن سعيد المازني الفارسي الإصطخري ، قاضي شيراز ، حدث عن عمرو بن دينار ، وحدث عنه سعد بن الصلت وداود بن معاذ وسليمان بن اليسع وغيرهم ، قال البخاري : « منكر الحديث » ، وقال ابن عدي : « روى عن الثقات البواطيل » . المجروحين (٣/١١٨) ، ميزان الاعتدال (٤/٣٧٨ - ٣٧٩) ، لسان الميزان (٦/٢٥٨ - ٢٥٩) .

ومما يدل على سقوط هذا الحديث أيضاً تعميمه ردّ الشهادة في كل محدود، مع ارتفاع الخلاف في قبولها في غير القذف بعد توبته<sup>(١)</sup>، وقد حاول العيني تقويته بقوله: «الحجاج أخرج له مسلم مقروناً بآخر، ولم ينفرد برواية الحديث السابق بل رواه معه آخرون، وقد أخرجه أبو داود وسكت عنه وهذا دليل الصحة عنده»<sup>(٢)</sup>.

لكن ما ذكره العيني وغيره لا ينفع في تقوية الحديث شيئاً لما تقدم، ولقول ابن حجر: «كل ما استدلوأ به من حديث في رد شهادة القاذف لا يصح منها شيء»، وحديث أبي داود<sup>(٣)</sup> وهو أحسنها ليس فيه ذكر للمحدود أصلاً<sup>(٤)</sup>.

وحديث «المسلمون عدول بعضهم على بعض . . .» مثل سابقه في الضعف؛ لأنه من رواية الحجاج بن أرطاة الذي تقدم تضعيفه، ولو قدرنا صحّة الحديثين معاً لكان المراد بهما رد شهادة من لم يتب من القاذفين<sup>(٥)</sup>.

---

(١) المغني (١٢/٧٦).

(٢) عمدة القارئ (١٣/٢٠٩-٢١٠)، وانظر أيضاً الجوهر النقي بحاشية السنن الكبرى للبيهقي (١٠/١٥٥-١٥٦).

(٣) رواه أبو داود بلفظ: «رد شهادة الخائن والخائنة وذو الغمر على أخيه . . .» ولم يذكر المحدود أو المجلود، كتاب الأفضية - باب من ترد شهادته (٣/٢٤ - ٢٦).

(٤) السنن الكبرى للبيهقي (١٠/١٥٥)، فتح الباري (٥/٥٧).

(٥) المحلى (١٠/٦٣٦)، المغني (١٢/٧٥-٧٦).

والحديث الذي ذكروه عن شيوع رد شهادة القاذف عند الصحابة لا يصح سنداً، ولا دلالة فيه على ما راموه أصلاً؛ لقول ابن معين: «عباد بن منصور<sup>(١)</sup> ليس بشيء في الحديث»<sup>(٢)</sup> وقال ابن حزم: «تفرد به عباد بن منصور وقد شهد عليه يحيى القطان بأنه كان لا يحفظ ولم يرضه»<sup>(٣)</sup>، ولو صح لما كان لهم فيه متعلق؛ لأنه ليس من كلام النبي ﷺ، ولا حجة إلا في كلامه عليه الصلاة والسلام، وليس فيه أن التائب لا تقبل شهادته، أما قبل التوبة فلا خلاف في رد شهادته، ثم إن ما ذكروه عن هلال بن أمية ظن لم يصح، فما ضرب هلال ولا سقطت شهادته<sup>(٤)</sup>.

استدلال الحنفية بالمعقول على تأييد رد قبول شهادة القاذف:

قالوا: إن رد شهادة القاذف من الحد لكونه زاجراً فبقي بعد التوبة كأصل الحد، فإنه لا يسقط بالتوبة فكذلك ما كان تميمياً له، ثم إن

---

(١) هو أبو سلمة عباد بن منصور البصري القاضي، حدث عن عكرمة وعطاء والحسن وجماعة، وعنه إسرائيل وحماد بن سلمة وشعبة وخلق، ضعفه النسائي وغيره، وقال ابن معين: «ليس بشيء». وذهب آخرون إلى أن حديثه ليس بالقوي لكن يكتب !!، مات سنة اثنتين وخمسين ومائة. الميزان (٢/ ٣٧٧ - ٣٧٨)، تهذيب (١٠٣/ ٥ - ١٠٥).

(٢) كتاب المجروحين لابن حبان (١٦٦/ ٢).

(٣) المحلى (١٠/ ٦٣٥ - ٦٣٦).

(٤) المرجع السابق.

المقصود من الحد دفع العار عن المقدوف، ولذلك منع قبول شهادة القاذف عقوبة له من جنس عمله، وهذا أظهر في دفع العار؛ لأنه بالقذف قد آلم قلب المقدوف فجزاؤه رد شهادته التي هي من فعل لسانه وفاقاً لجريمته<sup>(١)</sup>.

ويمكن تعقب قولهم: «إن رد الشهادة من تمام الحد» - بأنه لو قدرنا صحة هذا القول - فتمام الحد برد الشهادة يكون قبل التوبة، فإنَّ القاذف يجلد حداً واحداً ولا يتكرر جلده كل مرة من غير أن يتكرر منه إثم القذف، فكذلك رد الشهادة يكون من تمام الحد من غير أن يكون مؤبداً، إذ لو صح ما قالوه لما كان هناك تناسباً بين الجلد مرة واحدة ورد الشهادة أبداً.

#### الترجيح:

بعد عرض أدلة المذهبين ومناقشتها، ظهر بجلاء رجحان مذهب مالك ومن وافقه وهم الجمهور الأكبر، وذلك لدلالة ظاهر آية القذف كما فهمها جمهور الصحابة رضوان الله عليهم، على أن القاذف وسائر الفساق تقبل شهادتهم بعد التوبة، ويقوي دليل الجمهور أيضاً اتفاق المخالف معهم في قبول شهادة المحدود في غير القذف بعد التوبة، ولا فرق بين حدٍّ وحدٍّ. وقد أجمع أهل المدينة على قبول شهادة كل تائب، وبه جرى العمل في معظم أقطار

---

(١) شرح العناية (٣٠/٦)، البناية (١٦٣/٧)، أحكام القرآن (١٣٣٧/٣).

الإسلام، وبه قال أكثر فقهاء التابعين ومن بعدهم من أهل الفقه والأثر، ومع قوة أدلة الجمهور كما تقدم فإن المخالف لم يقابلها إلا بتأويلات بعيدة لآية القذف، وما اعتمدوه من أخبار لو صحت وخلت من المعارض ما قامت بها حجة لتناقضها، وإمكانية توجيهها بما يوافق مذهب الجمهور، فكيف وهي غير صحيحة ومعارضة بالنصوص الصريحة، واتفاق جمهور الصحابة والتابعين وعمل أهل المدينة، وما يقتضيه النظر الصحيح؟. والله تعالى أعلم وأحكم.



## المبحث الثالث

### القضاء في شهادة الصبيان

من المقطوع به أنّ الشهادة من أهم وسائل الإثبات، ولذلك قيدت بشروط دقيقة تقطع الطريق على المزورين وضعاف التحمل، فكان اشتراط البلوغ رديفاً لاشتراط العدالة باتفاق؛ لكنّ أهل العلم اختلفوا في بعض الحالات التي لا يحضرها البالغون، كشهادة الصبيان بعضهم على بعض في الجراح والشجاج، ومذهب الإمام مالك الذي أجمع عليه أهل بلده قبول شهادة الصبيان فيما بينهم في الجراح والشجاج خاصة، ما داموا أحراراً ذكوراً.

#### توثيق المسألة:

جاء في الموطأ: «قال مالك: الأمر المجتمع عليه عندنا أنّ شهادة الصبيان تجوز فيما بينهم من الجراح وحدها، لا تجوز في غير ذلك إذا كان ذلك قبل أن يتفرقوا، أو يخبوا<sup>(١)</sup>، أو يعلموا، فإن افترقوا فلا شهادة لهم إلا أن يكونوا قد أشهدوا العدول على شهادتهم قبل أن يفترقوا»<sup>(٢)</sup>.

---

(١) الخب في اللغة: الخداع والخبث والغش، ومعنى يخبوا، أي: يخدعوا.

لسان العرب (١/٣٤١-٣٤٢).

(٢) الموطأ (ص ٥١٥).

واضح مما تقدم أن معتمد الإمام مالك- في قبول شهادة الصبيان بشروطها- اتباعه ما اتصل من عمل السلف، قال الباجي والزرقاني: «هو القول المجتمع عليه بالمدينة»<sup>(١)</sup>.

وقد قيد الإمام مالك جواز شهادة الصبيان بشروط وأوصاف تقصرها على موضع الضرورة، ولذلك اتفق مالك وأصحابه على جواز شهادتهم فيما دون القتل من الجراح، إلا رواية عن مطرف أن شهادتهم لا تجوز بحال، ورواية عن ابن القاسم أن شهادة الصبيان تجوز في القتل كما تجوز في الجراحات، وكلا القولين مخالف للمشهور والمعلوم في المذهب، كما اتفق مالك وأصحابه على أنها لا تجوز في الحقوق.

قال سحنون: «إنما جازت في الجراح ولم تجز في الحقوق للضرورة؛ لأن الحقوق يحضرها الكبار ولا يحضرون في جراح الصغار في الأغلب، ولو حضرها كبير لم تجز شهادتهم لزوال الضرورة التي بسببها قبلت شهادتهم، ولا تجوز شهادتهم أيضاً إذا تفرقوا، أو خببوا، أو اختلفت أقوالهم، وكل هذا تحصيل مذهب مالك وعمامة أصحابه»<sup>(٢)</sup>.

---

(١) المنتقى (٢٢٩/٥)، شرح الموطأ للزرقاني (٣/٣٩٦)، وانظر أيضاً البيان والتحصيل (٨٨/٩).

(٢) الإشراف (٢/٢٨٥)، البيان والتحصيل (٩/٤٧٨)، (١٠/١٨١)، (١٨٢، ١٩٢)، الكافي (٢/٩٠٨-٩٠٩)، المنتقى (٥/٢٢٩-٢٣١)، القرطبي (٣/٣٩١-٣٩٢)، بداية المجتهد (٢/٤٦٣)، الزرقاني (٣/٣٩٦).

### مذهب غير المالكية في حكم شهادة الصبيان :

وافق بعض أهل العلم مالكا في الجملة على جواز شهادة الصبيان بعضهم على بعض، ومنهم: عمر بن عبد العزيز، وعروة، وربيعه، وسعيد بن المسيّب، وأبو الزناد، وابن قسيط، وأبو بكر بن حزم<sup>(١)</sup>، ورواية عن النخعي والزهري، والشعبي، وشريح، والحسن، وأحمد بن حنبل في رواية، ومن روي عنه العمل بشهادة الصبيان من الصحابة: علي، وعبد الله بن الزبير، ومعاوية رضي الله عنهم جميعاً<sup>(٢)</sup>.

وزهد جمهور أهل العلم خلاف الإمام مالك فمنعوا شهادة الصبيان على الإطلاق، ومن قال بذلك: القاسم، وسالم، وعطاء، ومكحول، وابن أبي ليلى، والأوزاعي، وابن شبرمة، والثوري، وإسحاق، وأبو عبيد، وأبو ثور، وهو المذهب عند أبي حنيفة وأصحابه، والشافعي وأصحابه، وأحمد وأصحابه، وأبي سليمان،

---

(١) هو أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم المدني القاضي، روى عن أبيه، وأرسل عن جده، وعمر بن عبد العزيز وجماعة، وعنه أبناؤه وعمرو بن دينار وعدة، ثقة سيد، توفي سنة (١٢٠هـ)، وقيل غير ذلك. الثقات (٥/٥٦١)، الكاشف (٣١٦/١٠)، التهذيب (٣٨/١٢-٣٩).

(٢) السنن الكبرى للبيهقي (١٠/١٦٢)، مصنف عبد الرزاق (٨/٣٤٨-٣٥١)، المحلى (١٠/٦١٤-٦١٥)، عمدة القارئ (١٣/٢٣٩)، المغني (١٢/٢٧-٢٨)، الإنصاف (١٢/٣٧-٣٨).

وابن حزم وأصحابهما<sup>(١)</sup>، وصح مثله عن ابن عباس<sup>(٢)</sup> وذكر ابن حزم نحوه عن عمر وعثمان<sup>(٣)</sup>، وفيما يلي عرض أدلة المذهبين ومناقشتها.

### أدلة مالك ومن وافقه في مشروعية شهادة الصبيان :

استدل القائلون بجواز شهادة الصبيان فيما بينهم بالأثر والنظر على النحو التالي :

أولاً : القضاء بشهادة الصبيان فيما يقع بينهم من الجراح مما صح عن عبد الله بن الزبير وأخذ القضاة بقوله ، وروي عن علي بن أبي طالب أن شهادة الصبي على الصبي جائزة ، ورويت عنه أقضية في ذلك ، وأجاز معاوية شهادة الصبيان على الصبيان ما لم يدخلوا البيوت ، وقضى عمر بن عبد العزيز بجوازها فيما يقع بينهم من الجراح والشجاج ، وقال مالك : الأمر المجتمع عليه عندنا أن شهادة

---

(١) السنن الكبرى (١٠/١٦١-١٦٢)، عبد الرزاق (٨/٣٤٨-٣٥١)، المحلى (١٠/٦١٣، ٦١٥، ٦١٦)، عمدة القارئ (١٣/٢٣٩)، بدائع الصنائع (٩/٤٠٢٣-٤٠٢٧)، شرح العناية (٦/٢٨)، المغني (١٢/٢٧-٢٨)، مغني المحتاج (٤/٤٢٧، ٤٣٧، ٤٣٨)، الإنصاف (١٢/٣٧-٣٨)، الروض المربع (٣/٤٢٠)، تكملة المجموع (٢٠/٢٢٦، ٢٣١، ٢٥٠).

(٢) السنن الكبرى (١٠/١٦١-١٦٢)، مصنف عبد الرزاق (٨/٣٤٨-٣٥١)، المحلى (١٠/٦١٥-٦١٦).

(٣) المحلى (١٠/٥٩٨، ٦١٥، ٦١٦).

الصبيان تجوز فيما بينهم من الجراح ، كما قضى بجواز شهادتهم جماعة من التابعين<sup>(١)</sup> .

وتعقب ما نسب إلى علي من قبول شهادة الصبيان بأنه جاء من طرق ضعيفة ، وقد ردّها ابن عباس ، والقرآن يدل على بطلانها<sup>(٢)</sup> .

ثانياً : أظهر ما استدل به المالكية لإثبات جواز شهادة الصبيان فيما يقع بينهم من الجراح مراعاة المصلحة ؛ لأنّ الضرورة تدعو إلى قبولها ، فلو منعنا قبولها لترتب على ذلك أمور ممنوعة من منع ما ندبنا إلى تعليم الصبيان إياه وتدريبهم عليه من الحرب والصراع وما جرى مجرى ذلك ، وهم في غالب أحوالهم ينفردون في ملاعبهم حتى لا يكاد يخالطهم غيرهم من الكبار ، ويجري بينهم من اللعب والتراخي ما ربما كان سبباً للقتل والجراح ، فلو لم يقبل بينهم إلا الكبار وأهل العدل لأدى ذلك إلى هدر دمائهم وجراحهم ، ولما كانت الدماء مما يجب الاحتياط لها ؛ قبلت شهادة الصبيان فيما بينهم على الوجه الذي يقع على الصحة في غالب الحال ، وقد جاز أن يكتفى بشهادة

---

(١) الموطأ (ص ٥١٥) ، السنن الكبرى (١٠/١٦٢) ، مصنف عبد الرزاق (٨/٣٤٨ - ٣٥١) ، الإشراف (٢/٢٨٥) ، المحلى (١٠/٦١٤ - ٦١٥) ، بداية المجتهد (٢/٤٦٣) ، الزرقاني (٣/٣٩٦) .

(٢) المحلى (١٠/٦١٥ - ٦١٦) ، بداية المجتهد (٢/٤٦٣) ، الزرقاني (٣/٣٩٦) .

النساء في الموضع الذي لا يحضره إلا النساء ، فكذلك الموضع الذي لا يحضره إلا الصبيان يكتفى فيه بالصبيان<sup>(١)</sup> .

### أدلة المانعين لشهادة الصبيان مطلقاً :

استدل الجمهور لدفع القول بجواز شهادة الصبيان بالمنقول والمعقول على النحو التالي :

أولاً : برهانهم من الكتاب العزيز قول الله عز وجل :  
﴿وَأَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ . . ﴾<sup>(٢)</sup> ، وقوله تعالى بعدها :  
﴿ . . مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ . . ﴾<sup>(٣)</sup> ، وقوله تعالى أيضاً :  
﴿وَأَشْهِدُوا ذَوْيَ عَدْلٍ . . ﴾<sup>(٤)</sup> وهذه الصفات المبينة في الآيات ليست في الصبي ؛ فهو ليس من الرجال ولا هو عدل ، أو ممن يرضى المسلمون شهادته<sup>(٥)</sup> .

ثانياً : ومن السنة قوله عليه الصلاة والسلام : «رفع القلم عن

---

(١) البيان والتحصيل (٤٧٨/٩) ، الإشراف (٢/٢٨٥) ، المتقى (٢٢٩/٥) .

(٢) سورة البقرة (٢٨٢) .

(٣) سورة البقرة (٢٨٢) .

(٤) سورة الطلاق (٢) .

(٥) المحلى (٦١٧/١٠) ، البيان والتحصيل (٤٧٨/٩) ، فتح الباري

(٢٥١/٥ - ٢٥٢) ، المغني (٢٨/١٢) ، تكملة المجموع (٢٠/٢٢٦ ، ٢٣٧ ، ٢٥٠) .

ثلاثة...» وذكر من بينهم الصبي حتى يبلغ<sup>(١)</sup>، وفيه أن الصبي لا

---

(١) هذا الحديث له طرق، وروي بألفاظ مختلفة مطولا ومختصراً، فقد أخرجه أبو داود عن علي من غير وجه، وأخرجه عن عائشة أيضاً، انظر كتاب الحدود- باب المجنون يسرق أو يصيب حداً (٥٥٨/٣ - ٥٦١). وأخرجه الترمذي من حديث علي، كتاب الحدود- باب ما جاء فيمن لا يجب عليه الحد (١١٠/٥ - ١١٢)، وأخرج النسائي حديث عائشة في كتاب الطلاق- باب من لا يقع طلاقه من الأزواج (١٥٦/٦)، وأخرجه ابن ماجه من حديث علي وعائشة في أبواب الطلاق- باب طلاق المعتوه والصغير والنائم (٣٧٧/١)، ورواه البخاري في صحيحه موقوفاً على علي، كتاب الطلاق- باب الطلاق في الإغلاق (٥٩/٧)، وقال أبو عيسى الترمذي: «حديث علي حسن غريب، روي من غير وجه عن علي، عن النبي ﷺ، ولا نعرف للحسن سماعاً من علي بن أبي طالب، وروي هذا الحديث عن عطاء بن السائب، عن أبي ظبيان، عن علي مرفوعاً، ورواه الأعمش، عن أبي ظبيان، عن ابن عباس، عن علي موقوفاً، ولم يرفعه»، سنن الترمذي (١١٠/٥ - ١١٢)، وقال المنذري: «في إسناده عطاء بن السائب، قال أيوب: هو ثقة، وأخرج له البخاري حديثاً مقروناً بأبي بشر جعفر بن أبي وحشية، وقال يحيى بن معين: لا يحتج بحديثه، وقال الإمام أحمد: من سمع منه قديماً فهو صحيح، ومن سمع منه حديثاً لم يكن بشيء، ووافق الإمام أحمد على هذا ابن معين وغيره، وهذا الحديث من رواية جرير عنه، وأخرجه النسائي من حديث أبي حصين عثمان بن عاصم الأسدي، عن أبي ظبيان، عن علي قوله وقال: وهذا أولى بالصواب من طريق عطاء بن السائب، وأبو حصين أثبت من عطاء بن السائب، وهو من طريق أبي الضحى عن علي منقطع؛ لأن أبا =

يأثم، والكاتم للشهادة آثم بدليل قول الله عز وجل: ﴿... وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ...﴾ (١)، فدل ذلك على أن الصبي لا يكون شاهداً (٢).

ثالثاً: صح عن ابن عباس القول بعدم قبول شهادة الصبيان

= الضحى، لم يدرك علياً، وقد أخرجه ابن ماجه مسنداً، وهو أيضاً منقطع؛ لأن القاسم بن يزيد لم يدرك علي بن أبي طالب رضي الله عنه. مختصر أبي داود (٦/٢٣١-٢٣٢)، وأخرجه الحاكم أيضاً عن علي في الصلاة (١/٢٥٨)، وفي البيوع (٢/٥٩)، وفي الحدود (٤/٣٨٩)، وقال: «هذا الحديث بإسناد صحيح عن علي رضي الله عنه، عن النبي ﷺ مسنداً، وهو على شرط الشيخين ولم يخرجاه». المستدرك (١/٥٨)، (٢/٥٩)، (٤/٣٨٩)، ورواه أيضاً من حديث عائشة في البيوع (٢/٥٩)، وقال: «حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه»، ورواه أيضاً عن أبي قتادة في الحدود (٤/٣٨٩)، وقال: «هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه»، وقال الترمذي: «والعمل على هذا الحديث عند أهل العلم». سنن الترمذي (٥/١١٢)، وقال ابن حجر عن موقوف البخاري: «وصله البغوي في الجعديات، عن علي بن الجعد، عن شعبة، عن الأعمش، عن أبي ظبيان، عن ابن عباس، عن علي، ثم أردف قائلا: «وقد أخذ الجمهور بمقتضى هذا الحديث». فتح الباري (٩/٣٩٣).

(١) البقرة (٢٨٣).

(٢) المحلى (١٠/٦١٧)، المغني (١٢/٢٨)، تكملة المجموع (٢٠/٢٢٦)،

٢٣٧، ٢٥٠.



أصلاً<sup>(١)</sup>، وذكر ابن حزم نحوه عن عمر وعثمان<sup>(٢)</sup> رضي الله عنهم جميعاً.

وتعقب المالكية ما نسب إلى ابن عباس، بأنه محمول على منع شهادتهم على الكبار، ولم يصحّ عن غيره مثل هذا القول<sup>(٣)</sup>.

رابعاً: وللجمهور من النظر ما يلي:

١- لا يخاف الصبي عادة من مآثم الكذب يزعه عنه ويمنعه منه، فلا تحصل الثقة بقوله.

٢- والصبي لا يقبل قوله على نفسه في الإقرار مع اتساعه لغيره، فإنه يقبل من الكافر والفاسق ولم تقبل شهادتهم، فعدم قبولها من الصبي على غيره أولى وأحرى.

٣- والصبي لا يؤتمن على حفظ أمواله، فعدم ائتمانه على حقوق غيره أولى.

٤- الصبي لا يقدر على الأداء إلا بالتحفظ، والتحفظ بالتذكر، والتذكر بالتفكير، ولا يوجد ذلك من الصبي عادة.

---

(١) السنن الكبرى (١٠/١٦١-١٦٣)، مصنف عبد الرزاق (٨/٣٤٨-٣٥١)، المحلى (١٠/٦١٥-٦١٦).

(٢) المحلى (١٠/٥٩٨، ٦١٥، ٦١٦).

(٣) المحلى (١٠/٦١٥-٦١٦)، الزرقاني (٣/٣٩٦).

٥- ثم إن من لم تقبل شهادته في المال لا تقبل في الجراح كالفاسق، والصبي لم تقبل شهادته على من ليس بمثله فلم تقبل على مثله كالمجنون<sup>(١)</sup>.

وتعقب قولهم: «من لم تقبل شهادته في الأموال لم تقبل في الجراح»، بأنه لا يلزم قبولها في الأموال؛ لأنها أخفض رتبة من الدماء، كما لم يحكم فيها بالقسامة مع اللوث<sup>(٢)</sup>.

#### الترجيح:

لا يشك أحد من المسلمين بعد النصوص الصريحة والإجماع التام على اشتراط العدالة في الشهادة ومن لوازمها البلوغ، وهذا الشرط مفقود في الصبي، فلا تصح شهادته بحال؛ لكن الأمام مالك رحمه الله لم يعترض على شيء من ذلك، فهو مقر مثبت لكل ما استدل به الجمهور من المنقول لا يخالفه، وإنما لجأ إلى الاعتداد بأخبار الصبيان للضرورة، ووفق ضوابط دقيقة ومحدودة، مثل أن لا يكون مع الصبيان كبير، وأن لا يتفرقوا لئلا يخبوا، وأن لا يختلفوا، وأن تكون شهادتهم فيما دون القتل، وأن تختص بالجراح فيما بينهم، وهذه الضوابط تمنع اعتبار هذا الإخبار منهم شهادة كالتى يتحدث

---

(١) بدائع الصنائع (٩/٤٠٢٣-٤٠٢٧)، شرح العناية على الهداية

(٦/٢٨)، المغني (١٢/٢٨)، تكملة المجموع (٢٠/٢٢٦).

(٢) الإشراف (٢/٢٨٥).

عنها الجمهور، فليست في الحقيقة شهادة عند مالك، وإنما هي قرينة حال، والقرائن التي تثبت بها الحقوق كثيرة، قال محمد بن رشد: «شهادة الصبيان لا تجوز على العدالة، وإنما تجوز على الاضطرار إذا لم يكن معهم كبير، ولا تجوز شهادتهم في الحقوق لعدم الاضطرار»<sup>(١)</sup>.

---

(١) البيان والتحصيل (١٠/١٨١-١٨٢)، وانظر كذلك المنتقى (٥/٢٢٩)، بداية المجتهد (٢/٤٦٣).



## الفصل الثاني

### مسائل عمل أهل المدينة في القسامة

وفيه مبحثان :

المبحث الأول : تبدئة أولياء الدم بالحلف في القسامة .

المبحث الثاني : لا قسامه على النساء في العمد .



## المبحث الأول

### تبدئة أولياء الدم بالحلف في القسامة

القسامة في اللغة وردت بمعنى : الوسامة والحسن والجمال ، وتستعمل بمعنى القسم وهو اليمين ، والقسامة أيضاً من الإقسام وضع موضع المصدر ، وهي كذلك اسم للذين يحلفون على حقهم ويأخذون<sup>(١)</sup>.

وفي اصطلاح الفقهاء : هي «حلف خمسين يميناً أو جزأها على إثبات الدم»<sup>(٢)</sup>. وقيل : هي «إيمان مكررة في دعوى قتل معصوم»<sup>(٣)</sup>.

وكانت في الجاهلية فأقرها الإسلام ، وقال بوجوب الحكم بالقسامة جمهور فقهاء الأمصار : أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد وسفيان وداود وأصحابهم ، وقد اختلف أهل العلم في مواضع من القسامة منها : هل يبدأ بالآيمان فيها المدعون أو المدعى عليهم؟<sup>(٤)</sup>.

ومذهب الإمام مالك في ذلك : تبدئة أولياء الدم بالآيمان في القسامة ، سواء كان القتل عمداً أم خطأ ، وليس للمدعى عليهم أن

---

(١) لسان العرب (١٢/ ٤٨١ - ٤٨٣).

(٢) مواهب الجليل (٦/ ٢٦٩).

(٣) الروض المربع (٣/ ٣٠٢).

(٤) مواهب الجليل (٦/ ٢٦٩)، بداية المجتهد (٢/ ٤٢٧).

يحلِفوا ويبرءوا إلا إذا نكل ولاية الدم عن الأيمان، وعندها ترد الأيمان على المدعى عليهم.  
توثيق المسألة :

«قال مالك : الأمر المجتمع عليه عندنا والذي سمعت ممن أرضى في القسامة، والذي اجتمعت عليه الأئمة في القديم والحديث، أن يبدأ بالأيمان المدعون في القسامة فيحلفون . . . قال مالك : وتلك السنة التي لا اختلاف فيها عندنا، والذي لم يزل عليه عمل الناس أن المبدئين بالقسامة أهل الدم والذين يدعونه في العمد والخطأ»<sup>(١)</sup>.

وهذا لفظ صريح في نسبة القول بتبدئة المدعين بالحلف في القسامة إلى إجماع أهل المدينة، وعليه أصحاب مالك وسائر المالكية<sup>(٢)</sup>.

مذهب غير المالكية فيمن يبدأ بالحلف في القسامة :

صح عن عبد الله بن الزبير أنه بدأ المدعين بالأيمان في القسامة وهو قول الجمهور، ومنهم يحيى بن سعيد، وربيعه، وأبو الزناد، والليث بن سعد، والشافعي وأصحابه، وأحمد وأصحابه، وداد بن

---

(١) الموطأ (ص ٦٣٤-٦٣٥).

(٢) التمهيد (٢٣/٢٠٤-٢٠٥)، الكافي (٢/١١١٨)، المتقى (٧/٥٥-٥٦)، القرطبي (١/٤٥٧-٤٥٨)، الأبي (٤/٣٩٥)، الزرقاني (٤/٢١١)، بداية المجتهد (٢/٤٢٩).



علي وابن حزم وأصحابهما، وكلهم يقول بتبدئة المدعين بالحلف في القسامة، سواء من ذهب منهم إلى وجوب القصاص بالقسامة أو من منع القصاص بها<sup>(١)</sup>.

وصح عن معاوية تبدئة المدعى عليهم بأيمان القسامة، وروي مثله عن عمر، وبه قال سعيد بن المسيب، والحسن بن صالح، وسفيان الثوري، وعثمان البتي، وعبد الرحمن بن أبي ليلى، وعبد الله بن شبرمة، والنخعي، والشعبي، وأبو حنيفة وأصحابه<sup>(٢)</sup>.

وبالجملة فإن محل الخلاف في هذه المسألة، بين الجمهور القائل بتبدئة المدعين بالحلف في القسامة، وهم مالك وأصحابه ومن

---

(١) الأم (٩٢/٦)، التمهيد (٢٣/٢٠٥، ٢٠٩، ٢١٠)، المحلى (١٢/٤٤٩، ٤٥١، ٤٥٧)، النووي على مسلم (١١/١٤٤)، فتح الباري (١٢/٢٣٦-٢٣٧)، عمدة القارئ (٢٤/٥٩-٦٠)، المغني (١٠/١٨)، بداية المجتهد (٢/٤٢٩)، الزرقاني (٤/٢١١)، الأبي (٤/٣٩٥)، مغني المحتاج (٤/١١٤-١١٥)، الإنصاف (١٠/١٤٦-١٤٧)، الروض المربع (٣/٣٠٢-٣٠٤)، نيل الأوطار (٧/١٨٧-١٨٩)، تكملة المجموع (٢٠/٢٠٨-٢٢٢).

(٢) التمهيد (٢٣/٢٠٦)، المحلى (١٢/٤٥١-٤٥٥)، بدائع الصنائع (١٠/٤٧٣٥-٤٧٣٦)، شرح فتح القدير (٨/٣٨٣-٣٨٥)، عمدة القارئ (٢٤/٥٩-٦٠)، فتح الباري (١٢/٢٣٦-٢٣٧)، المغني (١٠/١٨)، بداية المجتهد (٢/٤٢٩)، البناية (١٠/٣٢٨-٣٣٠)، الزرقاني (٤/٢١١)، نيل الأوطار (٧/١٨٧-١٨٩)، تكملة المجموع (٢٠/٢٠٨-٢٢٢).

وافقهم ، والقائلين بتبدئة المدعى عليهم بالآيمان الخمسين ، وهم  
الحنفية ومن وافقهم ، وفيما يلي عرض أدلة الطرفين ومناقشتها .  
أدلة مالك والجمهور على وجوب تبدئة المدعين بآيمان  
القسامة :

استدل مالك والجمهور بالنقل والعقل .

وبرهانهم من السنة ما يلي :

الحديث الأول : أخرج مسلم ، عن بشير بن يسار<sup>(١)</sup> ، عن سهل  
ابن أبي حثمة ، قال يحيى : وحسبت قال : وعن رافع بن خديج أنهما  
قالا : خرج عبد الله بن سهل بن زيد ومحبيصة بن مسعود بن زيد  
حتى إذا كان بخيبر تفرقا في بعض ما هنالك ، ثم إذا محبيصة يجد  
عبد الله بن سهل قتيلاً فدفنه ، ثم أقبل إلى رسول الله ﷺ هو  
وحويصة بن مسعود وعبد الرحمن بن سهل ، وكان أصغر القوم ،  
فذهب عبد الرحمن ليتكلم قبل صاحبيه ، فقال له رسول الله ﷺ :  
كبر - الكبر في السن - فصمت ، وتكلم صاحباه ، وتكلم معهما .

---

(١) بشير بن يسار الحارثي الأنصاري مولا هم المدني ، روى عن أنس وجابر  
ورافع بن خديج وسهل بن أبي حثمة وجماعة ، وعنه يحيى بن سعيد وربيعة  
الرأي وسعيد بن عبيد الطائي وعدة ، وثقه النسائي وابن معين ، وذكره ابن حبان  
في الثقات . الثقات (٧٣/٤) الكاشف (١٦٠/١) ، تهذيب التهذيب  
(٤٧٢/١) .

فذكروا لرسول الله ﷺ مقتل عبد الله بن سهل، فقال لهم: أتخلفون خمسين يميناً فتستحقون صاحبكم؟ أو «قاتلكم»، قالوا: وكيف نحلف ولم نشهد؟ قال: فتبرئكم يهود بخمسين يميناً، قالوا: وكيف نقبل أيمان قوم كفار؟ فلما رأى ذلك رسول الله ﷺ أعطى عقله<sup>(١)</sup>.

وقد ورد الحديث بألفاظ مختلفة، ومن طرق كثيرة صحاح<sup>(٢)</sup> لا تندفع، وفيه أن الأيمان الخمسين طلبت أولاً من الأنصار الحارثيين في قتل صاحبهم الذي قتل بخيبر، ثم نقلها إلى المدعى عليهم بعد نكول المدعين<sup>(٣)</sup>.

ما يرد على الاستدلال بهذا الحديث :

عارض القائلون بتبذئة المدعى عليهم بأيمان القسامة الروايات المتقدمة لحديث سهل بن أبي حثمة بروايات أخرى للحديث نفسه .

---

(١) صحيح مسلم، كتاب القسامة والمحاربين والقصاص والديات-باب القسامة (٣/١٢٩١-١٢٩٢).

(٢) المرجع السابق (٣/١٢٩٢-١٢٩٥).

(٣) الموطأ (ص ٦٣٥)، التمهيد (٢٣/٢٠٣)، الإشراف (٢/١٩٩)، المحلى (١٢/٤٤٨-٤٥٠) النووي على مسلم (١١/١٤٤)، فتح الباري (١٢/٢٣٦)، تلخيص الحبير (٤/٣٨-٣٩) المغني (١٠/١٩)، نصب الرأية (٤/٣٨٩-٣٩٠)، مغني المحتاج (٤/١١٤)، الأبي (٤/٣٩٥)، نيل الأوطار (٧/١٨٣-١٨٩).

ومنها: ما جاء في صحيح البخاري من رواية سعيد بن عبيد<sup>(١)</sup>، عن بشير بن يسار، وفيها أن النبي ﷺ قال: «... تأتون بالبينة على من قتله قالوا: ما لنا بينة، قال: فيحلفون؟ قالوا: لا نرضى بأيمان اليهود، فكره رسول الله ﷺ أن يُبطل دمه، فوداه مائة من إبل الصدقة»<sup>(٢)</sup>.

ومن رواية أبي قلابة، أن النبي ﷺ قال للأنصار بمن تظنون؟ قالوا: نرى أن اليهود قتلته، فأرسل إلى اليهود فدعاهم فقال: أنتم قتلتم هذا؟ قالوا: لا، قال: أترضون نفل خمسين من اليهود ما قتلوه<sup>(٣)</sup>.

ومنها ما رواه أبو داود من طريق رافع بن خديج أن النبي ﷺ قال للأنصار: «لكم شاهدان يشهدان على قتل صاحبكم؟ قالوا: يا رسول الله! لم يكن ثم أحد من المسلمين وإنما هم يهود... قال: فاخترأوا منهم خمسين فاستحلفوهم فأبوا»، ولأبي داود

---

(١) هو أبو الهذيل سعيد بن عبيد الطائي الكوفي، روى عن أخيه عقبة وبشير ابن يسار وعلي بن ربيعة وعدة، وعنه الثوري وابن المبارك ويحيى القطان وغيرهم، قال أحمد وابن معين: ثقة، كما ذكره ابن حبان في الثقات. تاريخ الثقات (١٨٧)، الثقات لابن حبان (٦/٣٦٦)، الكاشف (١/٣٦٧)، تهذيب التهذيب (٤/٦٢).

(٢) صحيح البخاري، كتاب الديات - باب القسامة (٩/١١-١٢).

(٣) المرجع السابق.

أيضاً أن النبي ﷺ قال لليهود- وبدأ بهم- : «يحلف منكم خمسون رجلاً، فأبوا، فقال للأنصار: استحقوا، قالوا: نحلف على الغيب يا رسول الله؟...» (١).

ومنها ما رواه البيهقي، أن النبي ﷺ قال للحارثيين: «أفتبرئكم يهود بخمسين يمينا يحلفون أنهم لم يقتلوه؟ قالوا: وكيف نرضى بأيمانهم وهم مشركون، قال: فيقسم منكم خمسون أنهم قتلوه، قالوا: وكيف نقسم على ما لم نره...» (٢).

وله أيضاً عن ابن عباس، أن النبي ﷺ أخذ من اليهود خمسين رجلاً من خيارهم فاستحلفهم بالله ما قتلنا، ولا علمنا قاتلاً، وجعل عليهم الدية (٣).

ومنها ما رواه عبد الرزاق، عن ابن شهاب، أن سنة رسول الله ﷺ في القسامة أن تكون على المدعى عليه وعلى أوليائه، يحلف منهم خمسون رجلاً، فإن نكلوا وليها المدعون، فإن حلف منهم خمسون استحقوا (٤)، وقال أيضاً: «قضى رسول الله ﷺ بالقسامة

---

(١) سنن أبي داود، كتاب الديات-باب في ترك القود بالقسامة (٤/٦٦١) - (٦٦٣)، ونحوه في سنن النسائي، كتاب القسامة-باب تبدة أهل الدم في القسامة (٨/١٢).

(٢) السنن الكبرى، كتاب القسامة-باب أصل القسامة والبداية فيها (٨/١١٩).

(٣) المرجع السابق (٨/١٢٣).

(٤) مصنف عبد الرزاق، كتاب العقول-باب القسامة (١٠/٢٨).

على المدعى عليهم»<sup>(١)</sup>، وقال الحسن: «إن النبي ﷺ بدأ بيهود، فأبوا أن يحلفوا، فرد القسامة على الأنصار»، ونحوه عن سعيد بن المسيب، وعمر بن عبد العزيز<sup>(٢)</sup>، وفي الروايات السابقة من قصة يهود خيبر تبذئة المدعى عليهم بالآيمان في القسامة، وهي أولى من التي روي فيها تبذئة المدعين بالآيمان؛ لأن الأصل شاهد لأحاديث تبذئة المدعى عليهم<sup>(٣)</sup>.

ومما يؤكد رجحانها على الروايات القاضية بتبذئة المدعين في آيمان القسامة قول محمد بن إبراهيم<sup>(٤)</sup>: «وأيّم الله ما كان سهل بأعلم من عبد الرحمن بن بجيد»<sup>(٥)</sup> ولكنه كان أسنّ منه، قال: والله ما قال

---

(١) مصنف ابن أبي شيبة، كتاب الديات - باب اليمين في القسامة (٣٨٤/٩)، شرح معاني الآثار - القسامة كيف هي (٢٠٢/٣).

(٢) مصنف ابن أبي شيبة (٣٨٤-٣٨٥/٩)، شرح معاني الآثار (٢٠٢/٣)، مصنف عبد الرزاق (٢٨-٢٩/١٠)، نصب الراية (٣٩٣/٤)، البناية (٣٣٣/١٠) ٣٣٣-٣٣٤.

(٣) بدائع الصنائع (٤٧٣٧/١٠)، التمهيد (٢٣/٢١٠)، القرطبي (١/٤٥٧-٤٥٨)، النووي على مسلم (١١/١٤٤)، عمدة القارئ (٢٤/٥٧)، (٦٢، ٦١)، نصب الراية (٣٩٣-٣٩٤/٤)، البناية (٣٣٣-٣٣٤).

(٤) هو أبو عبد الله محمد بن إبراهيم بن الحارث التيمي المدني، روى عن أبي سعيد الخدري وجابر وأنس بن مالك وغيرهم، وعنه الأوزاعي وابن إسحاق وحميد بن قيس وجماعة، وثقه غير واحد، مات سنة عشرين ومائة. الثقات (٥/٣٨١)، الكاشف (٣/١٥)، تهذيب التهذيب (٩/٥-٧).

(٥) عبد الرحمن بن بجيد بن وهب الأنصاري المدني، مختلف في صحبته، =

رسول الله ﷺ : احلفوا على ما لا علم لكم به ، ولكنه كتب إلى يهود خيبر حين كلمته الأنصار : «أنه وجد فيكم قتيل بين أبياتكم فدوه ، فكتبوا يحلفون بالله ما قتلوه ، ولا يعلمون له قاتلاً ، فوداه رسول الله من عنده» (١) .

ومما يدل على ضعف حديث سهل القاضي بتبدئة المدعين باليمين في القسامة ظهور النكير فيه من السلف ، فإن النبي ﷺ حين دعاهم إلى أيمان اليهود ، قالوا : كيف نرضى بأيمانهم وهم مشركون ؟ وهذا يجري مجرى الرد لما دعاهم إليه ، إذ لا مدخل لرضا المدعي في يمين المدعى عليه ، ولما قال لهم أيضاً : «يحلف منكم خمسون» أنكروا ذلك لجهلهم بالمحلف عليه ، وهذا أيضاً يجري مجرى الرد لقوله عليه الصلاة والسلام ، إذ لا يعقل أن يستجيز عرض الأيمان عليهم وهو يعلم أنهم لا علم لهم بذلك ، وعلى فرض ثبوت خبر سهل القاضي بتبدئة المدعين وزججانه على ما سواه ، فهو مصروف

---

= روى عن جدته أم بجيد ، وعنه محمد بن إبراهيم وزيد بن أسلم وسعيد المقبري ، ذكره ابن حبان في الثقات ، قال الذهبي : «وثق» . الثقات (٥/ ٨٥) ، الكاشف (١٥٦/ ٢ - ١٥٧) ، تهذيب التهذيب (٦/ ١٤٢ - ١٤٣) .

(١) السنن الكبرى للبيهقي ، كتاب القسامة - باب أصل القسامة . . . (٨/ ١٢٠ - ١٢١) ، وهو عند أبي داود بنحوه ، كتاب الديات - باب في ترك القود بالقسامة (٤/ ٦٦٢) ، وانظر أيضاً التمهيد (٢٣/ ٢٠٩ - ٢١٠) ، والمغني (١٩/ ١٠) .

الظاهر قطعاً، وطريق ذلك أن يقال: إنهم لما قالوا: لا نرضى بأيمان اليهود قال لهم عليه الصلاة والسلام: «يخلف منكم خمسون» على وجه استفهام الإنكار كما جاء صريحاً في بعض ألفاظ سهل: «أتخلفون وتستحقون دم صاحبكم»، على سبيل الرد والإنكار، عليهم استعظاماً للجمع بين الأمرين، وبهذا التأويل يمكن التوفيق بين الدلائل (١).

وبالجملة فإن الآثار في قصة الأنصار ويهود خيبر كثيرة الاضطراب والتدافع، فهي مختلفة متضادة، ولذلك مال البخاري إلى ترجيح تبدئة المدعى عليهم بالأيمان رداً للمختلف إلى الأصل المتفق عليه من أن اليمين على المدعى عليه (٢).

مناقشة إیرادات الحنفية على حديث سهل بن أبي حثمة:

أجاب الجمهور على إیرادات المخالفين بجملة ردود:

أولها: أن حديث سهل بن أبي حثمة القاضي بتبدئة المدعين من أصح ما روي في الباب لوروده في الصحيح، وقد أسنده جماعة من الحفاظ منهم يحيى بن سعيد، وابن عيينة، وحماد بن زيد،

---

(١) شرح معاني الآثار للطحاوي (٣/٢٠٢)، فتح الباري (١٢/٢٣٩)، بدائع الصنائع (١٠/٤٧٣٧ - ٤٧٣٨).

(٢) عمدة القارئ (٢٤/٦٠)، فتح الباري (١٢/٢٣٩).



وعبد الوهاب الثقفي<sup>(١)</sup>، وعيسى بن حماد<sup>(٢)</sup>، وبشر بن  
المفضل<sup>(٣)</sup>، وقد ثبت من طرق كثيرة صحاح مشهورة لا  
تندفع، وكلها متفقة على البداية بالأنصار<sup>(٤)</sup>، وقد رواه مالك في

---

(١) هو أبو محمد عبد الوهاب بن عبد المجيد بن الصلت الثقفي البصري،  
روى عن حميد الطويل وأيوب السخيتاني وخالد الحذاء وغيرهم، وعنه الشافعي  
وأحمد وعلي وجماعة، وثقه أحمد ويحيى بن معين، اختلط بأخرة، مات سنة  
(١٩٤هـ). تاريخ الثقات (٣١٤)، الكاشف (٢/٢٢١)، تهذيب التهذيب  
(٤٤٩/٦ - ٤٥٠).

(٢) هو أبو موسى عيسى بن حماد بن مسلم المصري زغبة، روى عن الليث  
وعبد الرحمن بن زيد بن أسلم وابن وهب وجماعة، وعنه مسلم وأبو داود  
والنسائي وغيرهم، وثقه أبو حاتم والنسائي والدارقطني وغيرهم، توفي في ذي  
الحجة سنة ثمان وأربعين ومائتين. الثقات (٨/٤٩٤)، الكاشف (٢/٣٦٦ -  
٣٦٧)، تهذيب التهذيب (٨/٢٠٩ - ٢١٠).

(٣) هو أبو إسماعيل بشر بن المفضل بن لاحق الرقاشي البصري. روى عن  
حميد الطويل وأبي ریحانة ومحمد بن المنكدر وغيرهم، وعنه أحمد وإسحاق  
وعلي وجماعة، قال أحمد: «إليه المنتهى في الثبوت بالبصرة»، توفي  
سنة (١٨٦هـ). الثقات (٦/٩٧)، الكاشف (١/١٥٦)، تهذيب التهذيب  
(٤٥٨/١ - ٤٥٩).

(٤) التمهيد (٢٣/٢٠٩ - ٢١٠)، النووي على مسلم (١١/١٤٤)، فتح  
الباري (١٢/٢٣٦)، تلخيص الحبير (٤/٣٨ - ٣٩)، المغني (١٠/١٩)، نيل  
الأوطار (٧/١٨٣ - ١٨٤).

موطئه وعمل به، وقال: «اجتمعت عليه الأئمة في القديم والحديث»<sup>(١)</sup>، وقال الترمذي: «هذا حديث حسن صحيح، والعمل على هذا الحديث عند أهل العلم في القسامة»<sup>(٢)</sup>.

والروايات التي عارض به القائلون بتبدئة المدعى عليهم بالآيمان حديث سهل المتقدم تقصر عن بلوغ قوته وشهرته، فإن أصحابها وأقواها حديث سعيد بن عبيد، عن بشير بن يسار، وقد ضعفه أحمد ابن حنبل وقال: «الصحيح عن بشير بن يسار ما رواه عنه يحيى بن سعيد، قال: وإليه أذهب»، وقال النسائي: «لم يتابع سعيد في هذه الرواية لإسقاط تبدئة المدعين باليمين منها، ولم يذكر فيها رد اليمين على المدعى عليهم»<sup>(٣)</sup>، وفي السنن الكبرى للبيهقي قال مسلم بن الحجاج: «رواية سعيد بن عبيد . . غير مشكل على من عقل التمييز من الحفاظ أن يحيى بن سعيد أحفظ من سعيد بن عبيد وأرفع منه شأنًا في طريق العلم وأسبابه، فهو أولى بالحفظ منه»<sup>(٤)</sup>، وقال ابن عبد البر: «حديث بشير بن يسار من رواية أهل العراق، ورواية

---

(١) الموطأ (ص ٦٣٤ - ٦٣٥).

(٢) سنن الترمذي (٥/ ١٠٨ - ١٠٩).

(٣) التمهيد (٢٣/ ١٩٩، ٢٠٣، ٢٠٥)، النووي على مسلم (١١/ ١٤٤)، فتح الباري (١٢/ ٢٢٩ - ٢٣٦)، القرطبي (١/ ٤٥٨)، عمدة القارئ (٢٤/ ٥٧ - ٦٢)، بداية المجتهد (٢/ ٤٣٠)، نصب الراية (٤/ ٣٩٢)، الأبي (٤/ ٣٩٥).

أهل المدينة عنه أثبت وهم به أقعد، ونقلهم أصح عند أهل العلم، فكيف يجوز الاعتراض بهذه الرواية على رواية جماعة الحفاظ؟ مع أن سعيد بن عبيد قال في حديثه: «فداه رسول الله ﷺ مائة من إبل الصدقة»، والصدقة لا تعطى في الديات، ولا يصلح بها عن غير أهلها»<sup>(١)</sup>، هذا فضلاً عن اشتغال رواية يحيى بن سعيد على زيادة من ثقة حافظ يجب قبولها، وما رواه البخاري أيضاً عن أبي قلابة بلفظ: «أترضون نفل خمسين من اليهود»، قال ابن حجر: «أورد أبو قلابة هذه القصة مرسل»<sup>(٢)</sup> ولم يقطع بأنها قصة يهود خير مع الأنصار<sup>(٣)</sup>.

وحديث أبي داود بلفظ: «أن النبي ﷺ قال لليهود وبدأ بهم» مرسل؛ لأنّ أبا سلمة بن عبد الرحمن رواه عن رجال من الأنصار لم يذكر لهم صحبة، وقال المنذري: «هذا ضعيف لا يلتفت إليه»<sup>(٤)</sup>، وقال الشافعي: «هو مرسل»، والقتيل أنصاري، والأنصار أولى بالعلم به من غيرهم، هذا فضلاً عن مخالفته لرواية الثقات<sup>(٥)</sup>، ورواية سفيان بن

(٤) السنن الكبرى للبيهقي (٨/ ١٢٠).

(١) التمهيد (٢٣/ ٢٠٩-٢١١).

(٢) فتح الباري (١٢/ ٢٤١).

(٣) المرجع السابق.

(٤) مختصر أبي داود (٦/ ٣٢٣).

(٥) السنن الكبرى (٨/ ١٢١-١٢٢)، مختصر أبي داود (٦/ ٣٢٤)،

التمهيد (٢٣/ ٢٠٩-٢١٠)، نصب الراية (٤/ ٣٩٢)، القرطبي (١/ ٤٥٨-٤٥٩)

(٤٥٩)، المغني (١٠/ ١٩)، نيل الأوطار (٧/ ١٩٠-١٩١).

عينته التي بدأ فيها بقوله: «أفتبرئكم يهود بخمسين يمينا يحلفون . . .»، فقد جزم أبو داود بأنه وهم، وقال الشافعي: «كان ابن عينة لا يثبت أقدم النبي ﷺ الأنصار في الأيمان أو اليهود»<sup>(١)</sup>، وقد رواه الحميدي<sup>(٢)</sup> في مسنده عن ابن عينة فبدأ بأيمان المدعين موافقاً للجماعة<sup>(٣)</sup>، وما رواه ابن عباس «أن النبي ﷺ أخذ خمسين رجلاً من خيارهم . . . لا يلتفت إليه لضعف سنده بسبب الكلبي»<sup>(٤)</sup> فإنه متروك، عن أبي صالح<sup>(٥)</sup> وهو ضعيف، قاله البيهقي، وقال أيضاً:

(١) سنن أبي داود (٤/٦٥٨)، السنن الكبرى (٨/١١٩).

(٢) هو عبد الله بن الزبير بن عيسى بن عبيد الله القرشي المكي، روى عن ابن عينة والشافعي وغيرهما، وعنه أصحاب الكتب الستة، ثقة ثبت مشهود له بالإمامة والحفظ وعلو الشأن. تذكرة الحفاظ (٢/٤١٣ - ٤١٤)، تهذيب التهذيب (٢١٥/٥ - ٢١٦).

(٣) مسند الحميدي (١/١٩٦ - ١٩٧).

(٤) هو أبو النضر بن السائب بن بشر الكلبي الكوفي، روى عن أخويه سفيان وسلمة وأبي صالح باذام وعامر الشعبي والأصبغ بن نباتة وغيرهم، وروى عنه السفينان وابن جريج وجماعة، كذاب، توفي سنة ست وأربعين ومائة. المجروحين (٢/٢٥٣)، الكاشف (٣/٤٦)، تهذيب التهذيب (٩/١٧٩ - ١٨٠).

(٥) هو باذام، ويقال: باذان أبو صالح مولى أم هانئ بنت أبي طالب، روى عن علي وابن عباس وأبي هريرة وغيرهم رضي الله عنهم، وعنه الأعمش وأبو قلابه والكلبي وسفيان وغيره، لا يحتج به وعامة ما عنده تفسير. المجروحين (١/١٨٥)، الكاشف (١/١٤٩)، تهذيب التهذيب (١/٤١٦ - ٤١٧).

أجمع أهل الحديث على ترك الاحتجاج بالكلبي، وروي عن أبي صالح التصريح بوضع الأحاديث التي رواها عنه الكلبي، وقد خالفت روايته هذه رواية الثقات<sup>(١)</sup>.

وما سوى ما تقدم كرواية رافع بن خديج، وسعيد بن المسيب، والحسن، وعمر بن عبد العزيز فأكثرها مراسيل فلا تعارض الروايات المتصلة الصحيحة المستفيضة، فقد ثبت عن رافع بن خديج أنه بدأ في اليمين بالمدعين<sup>(٢)</sup>، وقال القاضي عياض: «رواية من بدأ بيمين المدعى عليهم ضعيفة»<sup>(٣)</sup>، وقال ابن عبد البر: «حديث سهل القاضي بتبذئة المدعين باليمين أصح من كل الروايات التي تقدمت، فقد روى ابن شهاب هذه وهذه، وقضى بما في حديث سهل، فدل على أن ذلك عنده الأثبت والأولى، وهو الذي ذهب إليه أحمد والحجازيون»<sup>(٤)</sup>.

وقال ابن قدامة المقدسي: «ويرد عليهم بأن حديث سهل هو الصحيح، وما عارضه من الحديث لا يصح لوجوه: أحدها: أنه نفي فلا يرد به قول المثبت.

---

(١) السنن الكبرى (٨/١٢٣)، نصب الراية (٤/٣٩٣-٣٩٤).

(٢) السنن الكبرى (٨/١١٩)، معالم السنن مع مختصر المنذري (٦/٣٢٣).

(٣) الأبوي (٤/٣٩٥)، وانظر أيضاً النووي على مسلم (١١/١٤٤).

(٤) التمهيد (٢٣/٨٧-٨٩).

الثاني: أن سهلاً صحابي شاهدَ القصةَ وعرفها وغيره يقول برأيه وظنه.

والثالث: أن حديثنا مخرّج في الصحيح متفق عليه، وحديثه بخلافه. الرابع: أنهم لا يعلمون بحديثهم وحديثنا، فكيف يحتاجون بما هو حجة عليهم فيما خالفوه<sup>(١)</sup>؟

ولّا اعتداد بما قاله عبد الرحمن بن بجيد، ولا يرد به قول سهل ابن أبي حثمة؛ لأنّ سهلاً أخبر عمّا رأى وشاهد حتى ركضته ناقة من إبل الدية كما في بعض روايات الحديث، وعبد الرحمن بن بجيد لم يلق النبي ﷺ ولا رآه ولا شاهد هذه القصة، وحديثه مرسل<sup>(٢)</sup>.

ثانيها: أن روايات طلب البينة أولاً لو ثبتت لما كان فيها ما يعارض تبدئه المدعين بالآيمان في القسامة لإمكانية الجمع بين الروايتين، وطريقه أن يقال: قد يراد بالبينة الآيمان مع اللوث، أو أنه طلب البينة أولاً فلم تكن لهم بينة، وعندها عرض الآيمان على أولياء الدم ثم ردها على المدعى عليهم حين امتنعوا<sup>(٣)</sup>.

---

(١) المغني (١٩/١٠).

(٢) السنن الكبرى (٨/١٢١)، التمهيد (٢٣/٢٠٨)، النووي على مسلم (١١/١٤٤)، المغني (١٩/١٠).

(٣) السنن الكبرى (٨/١٢٠)، فتح الباري (١٢/٢٢٩ - ٢٣٦)، الزرقاني (٤/٢٠٧ - ٢١٢).

ثالثها : دعوى المخالف أنَّ ظهور النكير من السلف حين امتنعوا عن الحلف يدلّ على عدم ثبوت حديث سهل ، لجريان ذلك مجرى الردّ لما دعاهم إليه رسول الله ﷺ دعوى باطلة ؛ لأنّ السلف لم ينكروا واجباً دعاهم إليه وإنّما تنازلوا عن حقهم في الاستحقاق بالآيمان ، كما تنازلوا- أيضاً- عن تخليف اليهود لاعتقادهم عدم جدواه .

رابعها : ودعوى المخالف بأنّ الاستفهام في حديث سهل إنكار على الأنصار دعوى باطلة وتعسف في التأويل ؛ لأنّ المدعين لم يبدعوا بطلب اليمين حتى يصحّ الإنكار عليهم ، فلم يبق إلاّ اعتباره استفهام تشريع وتقرير<sup>(١)</sup> .

الحديث الثاني من أدلة الجمهور في تبذئة المدعين بالقسامة : عن عمرو ابن شعيب ، عن أبيه ، عن جده أن رسول الله ﷺ قال : « البينة على المدعي واليمين على من أنكر إلا في القسامة »<sup>(٢)</sup> ، ومن حديث أبي هريرة مثله<sup>(٣)</sup> ، ورواه ابن جريج عن عمرو مرسلاً<sup>(٤)</sup> ، واستدل بالحديث على أن أحكام القسامة مخالفة لما عليه سائر القضايا

---

(١) فتح الباري (١٢/ ٢٣٩) .

(٢) السنن الكبرى للبيهقي ، كتاب القسامة . باب أصل القسامة والبداية فيها (٨/ ١٢٣) ، سنن الدارقطني ، كتاب الحدود وغيره (٣/ ١١١) ، وفي الأفضية والأحكام (٤/ ٢١٨) .

(٣) سنن الدارقطني ، كتاب الحدود والديات وغيره (٣/ ١١٠) .

(٤) سنن الدارقطني ، كتاب في الأفضية والأحكام (٤/ ٢١٨) .

من إيجاب البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، وهذه دلالة ظاهرة تقضي بتبذئة المدّعين بالحلف في القسامة، فينبغي ألا تكون اليمين على المدعى عليه في القسامة؛ لأن حكم المستثنى يخالف حكم المستثنى منه<sup>(١)</sup>.

ما يرد على الاستدلال بهذا الحديث والجواب عنه:

أعلّ المعارضون لتبذئة المدّعين بالأيمان الحديث السابق من وجوه:  
(الأول): أن في سنده مسلم بن خالد<sup>(٢)</sup> وهو ضعيف قاله البيهقي، وقال ابن المديني: «ليس بشيء»، وقال أبو زرعة والبخاري: «منكر الحديث»، وقال صاحب التنقيح: «مسلم بن خالد تكلم فيه غير واحد من الأئمة».

(الثاني): أن ابن جريج لم يسمع من عمرو بن شعيب حكاه البيهقي عن البخاري.

(الثالث): الاحتجاج بما رواه عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده مختلف فيه.

---

(١) فتح الباري (٢٣٦/١٢)، نيل الأوطار (٧/١٩٠-١٩١).

(٢) هو أبو خالد مسلم بن خالد الزنجي المكي الفقيه، روى عن زيد بن أسلم والزهري وابن جريج وعدة، وعنه الشافعي وابن وهب وعبد الملك بن الماجشون وغيرهم، فقيه صدوق كثير الأوهام. مات سنة تسع وسبعون أو بعدها، من الثامنة. الكاشف (٣/١٤٠)، تهذيب التهذيب (١٠/١٢٨-١٢٩)، التقريب (٢/٢٤٥).



(الرابع): أن مسلم بن خالد مع ضعفه قد خالف من هو أحفظ منه وأوثق، فقد رواه عبد الرزاق وحجاج، عن ابن حريج مرسلًا.

(الخامس): أن مسلم بن خالد قد اختلف عليه؛ لأنه رواه عن ابن جريج، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، وقيل: عنه، عن ابن جريج، عن عطاء، عن أبي هريرة، ورواه ابن عديّ من الوجهين، وقال: «هذان الإسنادان يعرفان بمسلم بن خالد عن ابن جريج»، وقال ابن عبد البر: «هذا الحديث في إسناده لين»، وقال ابن حجر: «هو من حديث أبي هريرة ضعيف أيضاً».

(السادس): أن في متن الحديث زيادة عما رواه الثقات وهي قوله: «إلا في القسامة»<sup>(١)</sup>.

وعلى فرض ثبوت الاستثناء في الحديث فهو مؤول بأحد تأويلين:  
أولهما: أن اليمين على المدعى عليه نفسه إلا في القسامة فإنه يحلف من لم يدع عليه القتل بعينه.

الثاني: أن الواجب على المدعى عليه القسم فقط إلا في القسامة،

---

(١) انظر: الكامل في ضعفاء الرجال (٢٣١٢/٦)، التمهيد (٢٣/٢٠٥)، تلخيص الحبير (٣٩/٤)، سنن الدارقطني (٣/١١١)، السنن الكبرى للبيهقي - باب وجوب زكاة الفطر على أهل البادية (٤/١٧٣)، عمدة القارئ (٢٤/٦٠)، الجوهر النقي بحاشية السنن الكبرى (٨/١٢٣-١٢٤)، التعليق المغني على الدارقطني بحاشية سنن الدارقطني (٣/١١١-١١٢)، نيل الأوطار (٧/١٩٠-١٩١).

فإنّ الواجب على المدّعى عليه دفع الدية مع اليمين<sup>(١)</sup>.

وأجيب: بأنّ هذا التأويل مستبعد، والظاهر المتبادر خلافه، والحديث وإن كان ضعيفاً فقد أغنى عنه حديث سهل بن أبي حثمة المشهور، قال ابن عبد البر: «وهذا الحديث وإن كان في إسناده لين، فإنّ الآثار المتواترة في حديث هذا الباب تعضده»<sup>(٢)</sup>.

كما تمسك مالك وغيره من القائلين بتبدئة المدعين باليمين في القسامة بما جاء في صحيفة عبد الرحمن بن أبي الزناد عن أبيه قال: حدثني خارجه بن زيد بن ثابت<sup>(٣)</sup> قال: إن رجلاً من الأنصار قتل رجلاً ولم يكن بينه قاطعة إلا لطح، فأجمع رأي الناس أن يحلف ولاية المقتول ثم يسلم إليهم فيقتلوه، وفي رواية: أن معاوية كتب إلى سعيد ابن العاص حين أخبروه بالقصة: إن كان ما ذكره حقاً فافعل كما قالوا: فأحلف سعيد أولياء المقتول خمسين يميناً ثم سلمه إليهم<sup>(٤)</sup>.

وتعقب، بأنّ القصة مشكوكة، لأن معاوية لم يقد بالقسامة لما

---

(١) بدائع الصنائع (١٠/٤٧٣٨).

(٢) التمهيد (٢٣/٢٠٥).

(٣) هو أبو زيد الأنصاري، روى عن أبيه وأسماء وسهل بن سعد وغيرهم، وغنه ابنه سليمان والزهري وأبو الزناد، ثقة إمام، توفي سنة (١٠٠هـ)، وقيل: سنة (٩٩هـ). الثقات (٤/٢١١)، الكاشف (١/٢٦٥).

(٤) السنن الكبرى، كتاب القسامة-باب أصل القسامة والبداية فيها

(٨/١٢٧).

وقعت له ، وصح عنه تبذئة المدعى عليهم بأيمان القسامة ، فكيف أقرهم على ذلك؟

وأجيب : بأن الجمع ممكن ، ووجهه أن يقال : بأن معاوية لم يقد بها لما وقعت له ، وكان الحكم في ذلك لغيره ، ولما وقعت لغيره وكان الأمر له أقاد بها لكونه أذن في ذلك ، ولا يبعد أن يكون معاوية قد رجع عن قوله السابق<sup>(١)</sup> .

استدلال مالك والجمهور بالمعقول على تبذئة المدعين بالقسامة :

استدل الجمهور من المعقول بما يلي :

١ - بدئ المدعون باليمين في القسامة لقوة جنبتهم باللوث الذي يغلب معه الظن بصدق دعواهم ، فوجب أن تكون اليمين في جهتهم<sup>(٢)</sup> .

٢ - القسامة سنة مستقلة وأصل قائم بذاته لحفظ حياة الناس ، وردع المعتدين ، وكف الأيدي عن القتل ، وقطع التطرق إلى سفك الدماء ، وخالفت الدعاوى في الأموال ، فإن الأصل فيها أن اليمين على المدعى عليه ، والأصل في الدماء بخلافه لتعذر إقامة البيئة على

---

(١) فتح الباري (١٢/٢٣١-٢٣٢) .

(٢) التمهيد (٢٣/٢٠٤، ٢٠٥، ٢٠٦) ، الإشراف (٢/١٩٩) ، فتح

الباري (١٢/٢٣٦) ، النووي على مسلم (١١/١٤٤) ، الأبوي (٤/٣٩٥) .

القتل فيها غالباً، فإنّ من يريد القتل يقصد الخلوة، ويطرصد الغفلة،  
وعليه فكل أصل من الأصول يعمل به ويستعمل ولا تطرح سنة  
لسنة<sup>(١)</sup>.

٣- إنّما كان القول قول المدعى عليه فيما سوى القسامة لقوة جانبه  
بشهادة الأصل له بالبراءة مما ادّعى عليه، والأصل في القسامة يشهد  
للمدعى لقوة جانبه باللوث الذي يقوي دعواه<sup>(٢)</sup>.

٤- لما كانت أيمان القسامة مكررة بدئ بأيمان المدعى فيها كما في  
اللعان<sup>(٣)</sup>.

أدلة الحنفية ومن وافقهم ممن قال بتبديده المدعى عليهم باليمين :  
استدل القائلون بتبديده المدعى عليهم بالأيمان في القسامة بالأخبار  
والآثار والنظر.

فمن الأخبار احتجوا بما يلي :

الحديث الأول : قوله عليه الصلّاة والسّلام : «البينة على المدعى  
واليمين على المدعى عليه»<sup>(٤)</sup>، ووجه الدلالة في الحديث أنّه جعل جنس

---

(١) الموطأ (ص ٦٣٦)، التمهيد (٢٣/٢٠٦)، فتح الباري (١٢/٢٣٦)،

الأبي (٣٩٥/٤).

(٢) فتح الباري (١٢/٣٣٦).

(٣) المغني (١٠/٢٠).

(٤) تقدم تخريجه في فصل الشهادات.

اليمين على المدعى عليه، فينبغي أن لا يكون شيء من الأيمان على المدعي، وبهذا يعلم أن اليمين وظيفة المدعى عليه وليست هي وظيفة المدعي، والحديث على عمومته في جميع الحقوق أموالاً كانت أو دماء، وذكروا أن مخرج هذا الخبر في دعاوى الدماء، وقد احتج به ابن عباس في قضية تتصل بالدماء<sup>(١)</sup>.

ما يرد على الاستدلال بالحديث :

لا شك أن الحديث بمجموع طرقه صحيح بلا ريب، لكنه لا يشمل قصة الأنصار مع اليهود؛ لأن فيه أن الناس لا يعطون بدعواهم، وفي القسامة قد أعطي المدعون بدعواهم، ثم إن حديث سهل بن أبي حثمة أخص منه؛ لأنه ورد في القسامة وهي أصل بذاتها شرع الحكم بها لتعذر إقامة البينة غالباً، وعليه فالواجب تقديمه<sup>(٢)</sup> على حديث البينة، ثم إن هذا الحديث قد ورد من طريق عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده بلفظ «البينة على المدعي واليمين على من أنكر إلا في القسامة»، فيكون حديث البينة على المدعي واليمين على من أنكر مخصوص بحديث عمرو بن شعيب المتقدم؛ لأن فيه زيادة، وهذه الزيادة يتعين قبولها والعمل بها<sup>(٣)</sup>، غير أن ما رواه عمرو بن شعيب ضعيف، وقد أغنى عنه حديث سهل بن أبي حثمة.

(١) الطحاوي (٢٠٢/٣)، شرح فتح القدير (٣٨٥/٨)، بدائع الصنائع

(١٠/٤٧٣٨)، البناية (٣٣٢/١٠ - ٣٣٣)، اللباب (٧٣٧/٢).

(٢) المغني (١٩/١٠ - ٢٠)، الأبي (٣٩٥/٤)، عمدة القارئ (٥٩/٢٤).

(٣) المغني (٢٠/١٠)، عمدة القارئ (٥٩/٢٤).

الحديث الثاني: روي أن النبي ﷺ جمع بين الدية والقسامة على المدعى عليهم، كما في حديث ابن زياد<sup>(١)</sup>، وما ذكره ابن حجر عن مكحول، عن عمرو بن أبي خزاعة، «أن النبي ﷺ جعل القسامة على خزاعة في قتل بينهم وأغرمهم الدية»<sup>(٢)</sup>، فدل الأثران على وجوب القسامة على المدعى عليهم وهم أهل المحلة<sup>(٣)</sup>، وتعقب الأثر الأول بقول ابن حجر في الدراية: «لأعرف المراد بابن زياد»<sup>(٤)</sup>

---

(١) الهداية (٤/٢١٧)، الدراية باب القسامة (٢/٢٨٥)، نصب الرأية (٤/٣٩٣)، بدائع الصنائع (١٠/٤٧٣٦-٤٧٣٧)، الذي في الهداية أنه حديث زياد بن أبي مريم، وفي بدائع الصنائع عن زياد بن أبي مريم أنه قال: جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله! إني وجدت أخي قتيلاً في بني فلان، فأمره النبي ﷺ أن يجمع خمسين منهم فيحلفون وأغرمهم الدية، لكن ذكر ابن حجر والزيلعي أنه ابن زياد. وقال ابن حجر: «لا أعرف المراد بابن زياد»، وعليه فإن كان المراد به زياد بن أبي مريم فهو مولى عثمان بن عفان، روى عن أبي موسى الأشعري، وعنه ميمون بن مهران، وقيل: إن اسم أبي مريم الجراح، وبه يكون ابن أبي مريم وابن الجراح رجلاً واحداً، وقيل: زياد بن أبي مريم غير زياد بن الجراح. انظر التاريخ الكبير (٣/٣٧٣ - ٣٧٥)، الثقات (٤/٢٦٠)، وقال ابن حجر: «وثقه العجلي من السادسة ولم يثبت سماعه من ابن موسى، وهو غير ابن الجراح». التقريب (١/٢٧٠).

(٢) فتح الباري (١٢/٢٣٧).

(٣) بدائع الصنائع (١٠/٤٧٣٧).

(٤) الدراية تخريج أحاديث الهداية (٢/٢٨٥).

وقال الزيلعي: «حديث ابن زياد غريب»<sup>(١)</sup>، وعن الأثر الثاني قال صاحب الفتح: «الظاهر أنه موقوف؛ لأنّ عمرو مختلف في صحبته»<sup>(٢)</sup>.

استدلال القائلين بتبدئة المدعى عليهم بأقوال الصحابة:  
للقائلين بتبدئة المدعى عليهم بالآيمان في القسامة من قضاء  
الصحابة وأقوالهم ما يلي:

يروى عن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنّه قضى  
باليمين على المدعى عليهم، وقال في رواية أخرى: قيسوا ما بين  
الحينين؛ فأيهما وجدتموه إليه أقرب فأحلفوهم خمسين يمينا  
وأغرموهم الدية<sup>(٣)</sup>، وفي رواية أنّ عمر قال: إنّما قضيت عليكم  
بقضاء نبيكم ﷺ<sup>(٤)</sup>، وفي الباب عن علي وابن عباس ومعاوية  
نحوه<sup>(٥)</sup>.

وتعقب ما نسب إلى عمر مرفوعاً، بأن رفعه إلى النبي

---

(١) نصب الراية (٤/ ٣٩٤).

(٢) فتح الباري (١٢/ ٢٣٧).

(٣) السنن الكبرى للبيهقي (٨/ ١٢٣)، مصنف ابن أبي شيبة (٩/ ٣٨١)،

٣٨٢، ٣٨٦، مصنف عبد الرزاق (١٠/ ٣٥)، فتح الباري (١٢/ ٢٣٨).

(٤) السنن الكبرى للبيهقي، كتاب القسامة - باب أصل القسامة (٨/ ١٢٥).

(٥) مصنف ابن أبي شيبة (٩/ ٣٨٤)، مصنف عبد الرزاق (١٠/ ٣٢)،

٣٣، ٣٦).

ﷺ منكر، وفيه عمر بن صبح<sup>(١)</sup>، وقد أجمعوا على تركه،  
قاله البيهقي<sup>(٢)</sup>، وبقية الروايات عن عمر لا تصح؛ لأنها مراسيل،  
وفي طرقها الضعفاء والمتروكين. وما روه عن عليّ وابن عباس لا  
يصح منه شيء؛ لأن بعضها مراسيل، وسائرهما معلولة الأسانيد، إلا  
أنه صح عن معاوية تبذئة المدعى عليهم<sup>(٣)</sup>

وعلى فرض ثبوت القول بتقديم المدعى عليهم في أيمان القسامة  
ممن ذكرنا جميعاً، فإن المصير من جهة الحجة إلى المسند الثابت أولى  
من قول الصاحب، ولا يبعد أن يكون المدعى عليهم في تلك القضايا  
قد أقرّوا بالخطأ وأنكروا العمد فطلب منهم القسم على ذلك<sup>(٤)</sup>.

استدلال من قدم المدعى عليهم في القسم بالمعقول:

ولهم من المعقول ما يلي:

---

(١) هو أبو نعيم عمر بن الصبح التميمي العدوي السمرقندي، روى عن قتادة  
وأبي الزبير والأوزاعي وغيرهم، وعنه مغلد بن زيد ومسلمة بن علي وحسين بن  
علوان وجماعة، ليس بثقة ولا مأمون، كان يضع الحديث! المجروحين  
(٨٨/٢)، الميزان (٢٠٦-٢٠٧)، تهذيب التهذيب (٤٦٣/٧ - ٤٦٤).

(٢) السنن الكبرى للبيهقي (١٢٥/٨).

(٣) المحلى (٤٤٩-٤٥١)، التمهيد (٢٣/٢١٠)، تلخيص  
الحبير (٣٩-٤٠)، فتح الباري (١٢/٢٣٨)، المغني (١٨-١٩)، بداية  
المجتهد (٤٣٠/٢)، اللباب (٧٣٧/٢)، نيل الأوطار (١٨٦-١٨٧).

(٤) التمهيد (٢٣/٢١٠)، فتح الباري (١٢/٢٣٧).



١ - شهادة الأصل للمدعى عليه بالبراءة تبدئته باليمين عند انتفاء  
البينة .

٢ - اليمين في القسامة من جملة الأيمان في الدعاوى ، فتجب في  
جانب المدعى عليه ابتداء كسائر الدعاوى<sup>(١)</sup> .

وأجيب عن هذا الاستدلال : بأن القسامة أصل مستقل بذاته  
شرع لتعذر إقامة البينة في الدماء غالباً ؛ لأن القاتل يقصد الخلوات  
والغيلة بخلاف سائر الحقوق ، وليس في تبدئة المدعين باليمين في  
القسامة خروج عن الأصل بالمرة ، لأن القول في الحقوق المالية  
للمدعى عليه إنما كان لقوة جنبته بشهادة الأصل له ، إذ الأصل براءة  
الذمة ، وهذا المعنى موجود في القسامة فصار القول قول المدعى لقوة  
جنبته باللوث الذي يشهد بصدقه ، وهذا إعمال للأصل وليس  
اطراحاً له بالكلية<sup>(٢)</sup> .

الترجيح :

بعد عرض أدلة القولين ومناقشتها بان لي - والله أعلم - رجحان  
مذهب مالك ومن وافقه وهم الجمهور وذلك للأسباب التالية :  
١ - ثبوت خبر سهل القاضي بتبدئة الأنصار باليمين ، وما

---

(١) البناية (١٠ / ٣٣٤) ، المغني (١٠ / ١٨) .

(٢) الأبي (٤ / ٣٩٥) .

عارضه من الروايات القاضية بتبدئة اليهود لم تبلغ درجته وقوته واستفاضته .

- ٢- أقوى ما استدل به من بدأ المدعى عليهم باليمين حديث «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» ، لكنه مخصص بحديث سهل جمعاً بين الخبرين ، ومتى أمكن الجمع فلا عدول عنه .
- ٣- إجماع أهل المدينة على مقتضى حديث سهل ، واتصال العمل به عندهم من أقوى المرجحات عند أكثر أهل العلم .
- ٤- تخصيص القسامة بتبدئة المدعين باليمين حكم مناسب ، حفظاً للنفوس من الزهوق ومنع الاعتداء عليها .

## المبحث الثاني

### لا قسامة في العمد على النساء

تقدم أن القسامة هي أن يحلف أولياء الدّم مع اللّوث خمسين يميناً، ويستحقّون ما توجبه أيمانهم من القصاص أو الدية، ولا يقسم في العمد إلاّ الأولياء من الرّجال، ولا مدخل للنساء في القسامة عند الإمام مالك إذا كان القتل عمداً بحال، وهو الذي اتصل به عمل أهل المدينة سلفاً وخلفاً.

#### توثيق المسألة:

قال مالك: «الأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا أنّه لا يحلف في القسامة في العمد أحد من النساء، وإن لم يكن للمقتول ولادة إلا النساء، فليس للنساء في قتل العمد قسامة ولا عفو»<sup>(١)</sup>.

وفي قول مالك السّابق إشارة إلى إجماع أهل المدينة على ذلك، وتجاوز قسامة النساء عند مالك في قتل الخطأ، وعلى هذا سائر أصحاب مالك وأهل مذهبه<sup>(٢)</sup>.

#### مذهب غير المالكية في قسامة النساء:

وافق الإمام مالكاً في منع قسامة النساء في العمد جمهور أهل

---

(١) الموطأ (ص ٦٣٦).

(٢) الكافي (١١١٨/٣)، المتقى (٦٢/٧)، القرطبي (١/٤٦١-٤٦٢)،

بداية المجتهد (٢/٤٣٢).

العلم، ومنهم: الليث، وربيعه، والأوزاعي، والثوري، والإمام أبو حنيفة وأصحابه، والإمام أحمد وأصحابه، وداود وأكثر أهل الظاهر. وأما القسامة في القتل الخطأ فقد خالفوا مالكاً فيها؛ لأن النساء لا يدخلن عندهم في القسامة مطلقاً، سواء كان القتل عمداً أم خطأ<sup>(١)</sup>. وذهب خلاف الجمهور الإمام الشافعي رحمه الله وأصحابه فقالوا: يحلف كل الورثة ذكوراً كانوا أم إناثاً، سواء كان القتل عمداً أو خطأ ويستحقون الدية، وبه قال أبو ثور وابن المنذر ومال إليه ابن حزم<sup>(٢)</sup>. وبالجملة فإن محل النزاع هو في حكم دخول النساء في قسامة العمد، فمنعها مالك والجمهور، وأجازها الشافعي ومن وافقه، وفيما يلي عرض أدلة المذهبين ومناقشتها.

**أدلة مالك والجمهور على أن النساء لا يدخلن في قسامة العمد:**

استدل الجمهور بالخبر والنظر:

فمن السنة قوله عليه الصلاة والسلام: «يقسم خمسون رجلاً منكم

---

(١) النووي على مسلم (١٤٨/١١)، شرح فتح القدير (٣٨٩/٨-٣٩٠)، بدائع الصنائع (٤٧٥٦/١٠)، المغني (٢٤/١٠)، الإنصاف (١٤٢/١٠)، الروض المربع (٣٠٤/٣).

(٢) الأم (٩١/٦)، المحلى (٨٣/١٢)، النووي على مسلم (١٤٨/١١)، مغني المحتاج (١١٦-١١٥/٤).

وتستحقون...»<sup>(١)</sup>، وفيه التصريح بأن الرجال هم الذين يقسمون، فلا مدخل للنساء.

والنظر الصحيح يقتضي عدم جواز شهادة النساء في القسامة في العمد، لأنّ شهادتهنّ لا تجوز في القتل العمد، فكما لا يقتل القاتل بأقل من شاهدين ولا يقسم في العمد أقل من اثنين، فلا تحلف النساء في العمد<sup>(٢)</sup>، ثم إن الذي يلزمه الحلف هو من كان من أهل النصر، والناس لا يتناصرون بالنساء<sup>(٣)</sup>.

مايرد على استدلال الجمهور والجواب عنه:

عارض ابن حزم لفظ حديث سهل المتقدم بالروايات المستفيضة لحديث سهل ولفظها «يحلف خمسون منكم...»، وقال: «هذا لفظ يعمّ الرجال والنساء جميعاً»<sup>(٤)</sup>، وما زعموه من أنّ الذي يحلف هو من تلزمه النصر، وهي ليست شأن النساء باطل؛ لأنّ النصر واجبة

---

(١) استدلل بهذا اللفظ ابن قدامة في المغنى (٢٤/١٠)، وهو بنحوه في مصنف عبد الرزاق - باب القسامة (٣١/١٠)، وأكثر ألفاظ الحديث «يقسم خمسون منكم» كما في صحيح مسلم وغيره وقد تقدم.

(٢) المغنى (٢٤/١٠)، الزرقاني (٢١٤/٤).

(٣) شرح فتح القدير (٤٠٧/٨)، البناية (٣٨٦/١٠)، الزرقاني (٢٠٠/٤).

(٤) المحلى (٤٨٣/١٢ - ٤٨٤).

على كل مسلم<sup>(١)</sup>.

ويجاب على اعتراض ابن حزم بأن لفظ: «يحلف خمسون منكم...» وإن كان مشهوراً فهو محتمل، ورواية «يحلف خمسون رجلاً منكم...» صريحة لا احتمال فيها، أما قوله: «النصرة واجبة على كل مسلم» أي: ممن يتناصر به الناس عادة، والناس لا يتناصرون بالنساء.

أدلة الشافعي ومن وافقه على أن النساء يدخلن في قسامة العمد:

استدل الشافعية ومن وافقهم على جواز قسامة النساء في العمد والخطأ بما يلي:

أولاً: قوله عليه الصلاة والسلام في حديث سهل: «...تخلفون خمسين يميناً فتستحقون صاحبكم...» فجعل الخالف هو المستحق للدية والقصاص، ومعلوم أن غير الوارث لا يستحق شيئاً، فدل على أن الذي يحلف في القسامة كل من يستحق الدية رجالاً كانوا أم نساء<sup>(٢)</sup>.

ثانياً: روى عبد الرزاق أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه

---

(١) المحلى (٤٨٣/١٢-٤٨٤).

(٢) النووي على مسلم (١٤٨/١١-١٤٩).

استحلف امرأة خمسين يميناً، ثم جعلها دية<sup>(١)</sup>، وفي هذا كله دلالة على دخول النساء في القسامة مطلقاً<sup>(٢)</sup>.

ما يرد على استدلال الشافعية ومن وافقهم:

إن الاستدلال بحديث «تخلفون وتستحقون...» لا يقضي على ما استدل به الجمهور؛ لأنّ فيه وصف الحالفين بكونهم رجالاً، وهذا لفظ صريح ونصّ في محلّ النزاع، أما استدلال المخالف بأنّ الذي يحلف هو المستحق والمرأة من المستحقين، فإنّه احتمال بعيد لعدم التلازم بين استحقاق الدّم والدية، ووجوب اليمين على كل مستحق.

وفوق ذلك فإن استدلالهم لا يلزم الإمام مالك وأهل المدينة، لأنهم يجيزون حلف النساء في الخطأ ويستحقن الدية، أمّا استحقاق الدّم فلا يلزم عنه دخول النساء، وما روي عن عمر إن صحّ فهو في قتل خطأ بدليل حكمه بالدية بعد الأيمان.

الترجيح:

يظهر ممّا تقدم من استدلال رجحان مذهب أهل المدينة ومن وافقهم وهم الجمهور، وهو يقضي بعدم دخول النساء في القسامة

---

(١) مصنف عبد الرزاق (٤٩/١٠)، وانظر كذلك نصب الراية (٤/٣٩٥).

(٣٩٦).

(٢) المحلى (١٢/٤٨٣ - ٤٨٤).

إذا كان القتل عمداً، وذلك للتصريح في حديثهم بأنّ الذي يقسم هم الرجال، وهذه زيادة يجب قبولها والعمل بها، والنظر الصحيح يؤكد ذلك ويقتضيه، ثم إن المخالف لم يأت بدليل صريح في محل النزاع، وما اعتمدوه من الأثر وغيره لا يلزم مالكا وأهل المدينة؛ لأنهم يدخلون النساء في قسامة الخطأ واستحقاق الدية، ولعل الذي جعل الشافعي رحمه الله يدخلهن في القسامة مطلقاً قوله بعدم ثبوت القود بالقسامة، إذ لا يجب بالقسامة عنده إلا الدية، سواء كان القتل عمداً أم خطأ، وهذه مسألة أخرى، لكن القدر المنسوب إلى عمل أهل المدينة والذي وافقهم عليه الجمهور هو عدم دخول النساء في قسامة العمد، ولا شك في رجحانه.









